الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

وهو شرح مختصر المزني

تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

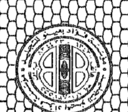
قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل أستاذ بجامعة الأزهر — الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة جامعة الأزهر

الجزء الحادي عشر









الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني

تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء الحادي عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٣٢١٣٣ ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣ / ١٢١٢ / ٠٠ - ٦٠٢١٣٣ / ٩٦١١ / ٠٠

بسم اللّه الرحمٰن الرحيم

مُخْتَصَرٌ مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابَيْ لِعَانٍ جَدِيدٍ وَقَدِيمٍ وَمَا دَخَلَ فِيْهِمَا مِنَ الطَّلَاقِ مِنْ أَحْكَامِ القُرْآنِ وَمِنِ اخْتِلَافِ الحَدِيثِ.

قال الماوردي: أما اللعان فمأخوذ من اللعن: وهو الإبعاد والطرد، يقال: لعن الله فلاناً، أي أبعده الله وطرده.

قال الشماخ: :

ذَعَرتُ بِهِ القَطَا وَنَفَيْتُ عَنْهُ مَقَامَ الذِّئْبِ كَالرَّجُلِ اللَّعِينِ[1]

أي الطريد البعيد: فسمى اللعان لعاناً؛ لأنه موجب لبعد أحد المتلاعنين من الله تعالى للقطع بكذب أحدهما وإن لم يتعين.

وقيل بل سمي لعاناً لما فيه من لعن الزوج لنفسه، ويقال: التعن الرجل، إذا لعن نفسه، ولاعن، إذا لاعن زوجته، ويقال: رجل لعنه ـ بتحريك العين ـ إذا كان كثير اللعن، ورجل لُعنه ـ بتسكين العين ـ إذا لعنه الناس كثيراً ومن ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اتقوا الملاعن»[2]، ومعناه احذروا البول والغائط على الطرقات؛ لأن ذلك يؤدي إلى لعن الناس له.

فصل: واللِّعان حكم ورد به الشرع في الأزواج بعد استقرار حد الزنا والقذف على العموم.

والأصل فيه الكتاب، والسنة، والإجماع.

فأما الكتاب فقوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنَّه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إنّ كان من الكاذبين﴾**[النور: ٦، ٧] فبين بهذه الآية لعان الزوج، ثم بين بعدها لعان

---

(١) انظر ديوانه ص (٣١٩) وجمهرة اللغة (٩٤٩) وخزانة الأدب (٣٤٧/٤، ٣٤٨) وشرح المفضل (١٣/٣) ولسان العرب «لعن» والمعاني الكبير ١٩٤/١) والمنصف (١٠٩/١) ومجالس ثعلب (٥٤٣/٢) والمحتسب (٣٢٧/١).

(٢) أبو داود (٢٦) وأحمد (٢٩٩/١) والحاكم (١٦٧/١) وابن ماجه (٣٢٨) وانظر المجمع (٢٠٤/١).

الزوجة قال: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات باللَّهِ إنّه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾.

فقوله: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ يعني بالزنا، فكان ذلك مضمراً دل عليه المظهر.

وقوله: ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ أي ولم يكن لهم شهداء يشهدون لهم، لأن الإنسان لا يكون شاهداً لنفسه.

وقوله: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين﴾ أي فيمين أحدهم أربع أيمان بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا. فعبر عن اليمين بالشهادة.

وقال أبو حنيفة: هي شهادة محضة اعتباراً بحقيقة اللفظ، ولأن العدد فيها موافق لعدد الشهود في الزنا، ولذلك منع أبو حنيفة من لعان الكافر والمملوك، لرد شهادتهما، وهذا تأويل فاسد؛ لأن شهادة الإنسان لنفسه مردودة ويمينه لنفسه مقبولة، والعرب قد تعبر عن اليمين بالشهادة. قال قيس بن الملوَّح:

فأشهد عند الله أني أحبها فهذا لها عندي فما عندها ليا[1]

أي أحلف بالله، وهذه مسألة يأتي الكلام فيها مع أبي حنيفة.

وأما السنّة فقد كان ذلك في قصتين، إحداهما في عويمر العجلاني، والثانية في هلال بن أمية، فأما قصة عويمر العجلاني فقد رواها الشافعي عن مالك عن الزهري. ورواها الأوزاعي عن الزهري عن سهل بن سعد: «أن عويمر أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، رجل وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية، فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك قرآناً، فأمرهما بالملاعنة فلاعنها، فقال رسول الله ﷺ: انظروا، فإن جاءت به أدعج العينين، عظيم الإليتين خدلج الساقين، فلا أحسب عويمر إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحرة، فلا أحسب عويمر إلا قد كذب عليها. فجاءت به على النعت الذي نعت رسول الله ﷺ من تصديق عويمر، وكان بعد ينسب إلى أمه»[2].

---

(١) انظر الديوان ص (٢٩٤).

(٢) أخرجه البخاري (٨/٤٤٩) (٤٧٤٥) (٥٣٠٨) ومسلم (٢/١١٢٩) (١/١٤٩٢).

وقوله: وَحَرة: هي دُوَيبة.

وقال سعيد بن جبير: ولقد صار أمير بمصر وأنه ينسب إلى غير أبيه.

وأما قصة هلال بن أمية: فقد رواها هشام عن عكرمة عن ابن عباس: أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا الرجل على امرأته ينطلق يلتمس البينة؟ قال: فجعل النبي ﷺ يقول: البينة وإلا فحد في ظهرك قال: فقال هلال: والذي بعثك بالحق لينزلن الله في أمري ما يبرىء به ظهري من الحد قال فنزل جبرائيل فأنزل عليه: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ حتى بلغ: ﴿والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾ فأرسل رسول الله ﷺ إليهما فجاءا فقام هلال بن أمية فشهد والنبي ﷺ يقول: الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟ فقامت فشهدت. فلما كانت عند الخامسة، قال النبي ﷺ: أوقفوها فإنها موجبة، قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت، ففرق بينهما. قال النبي ﷺ: أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خَدَلَّج الساقين فهو لشريك بن سَحْمَاءَ، فجاءت به كذلك فقال رسول الله ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن[1].

فهاتان القصتان وردتا في اللعان، فذهب الأكثرون إلى أن قصة العجلاني أسبق من قصة هلال بن أمية.

وقالت طائفة: أن قصة هلال بن أمية أسبق من قصة العجلاني، والنقل فيهما مشتبه مختلف، والله أعلم بصواب ذلك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ﴾ إلى قَوْلِهِ ﴿أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِيْنَ﴾».

قال الماوردي: وجملة القذف أنه لا يخلو أن يكون من زوج، أو من غير زوج، فإن كان من غير زوج فتعلق بقذفه ثلاثة أحكام، وجوب الحد عليه، وهو ثمانون جلدة إن كان حراً، ورد شهادته، وثبوت فسقه، ولا تنتفي عنه أحكام القذف إلا بأحد أمرين، إما بتصديقها، وإما بإقامة البيّنة على زناها بأربعة شهود يعفون مشاهدة زناها فيسقط عنه الحد ويزول فسقه.

(١) أخرجه البخاري في التفسير (٨/ ٤٤٩) (٤٧٤٧).

وأصل ذلك قوله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾** [النور: ٤].

وإن كان القاذف زوجاً تعلق بقذفه ما ذكرنا من الأحكام الثلاثة، الحد، ورد الشهادة والتفسيق فيصير مشاركاً للأجنبي فيما يجب عليه بقذفها، وله إسقاط ذلك عن نفسه بثلاثة أشياء يشارك الأجنبي في اثنين منها، ويختص بالثالث، فأما الاثنان المساوي للأجنبي فيهما:

أحدهما: تصديقها له.

والثاني: إقامة البينة على زناها. فيسقط عنه بكل من هذين الحكمين الأحكام الثلاثة فأما الثالث الذي يختص به لأجل الزوجية فهو اللعان لما قدمناه من القرآن الوارد فيه مما يسقط به وجوب الحد، فأما ارتفاع الفسق فمعتبر بحالها فإن لم تلق من بعد وحدت ارتفع عنه الفسق، لأن لعانه قد صار كالبينة عليها في وجوب الحد. وإن لاعنت ولم تحد احتمل ارتفاع فسقه وجهين:

أحدهما: قد ارتفع فسقه، لأنه كالبينة في حقه لسقوط حده.

والوجه الثاني: لا يرتفع فسقه لأن لعانها معارض للعانه، وهو مانع من وجوب حدها به، فإن قيل: لما اختص الزوج بالقذف دون الأجنبي؟ قيل: لأن الزوج مضطر إلى إزالة المَعَرَّة عن فراشه ونفي النسب الذي ليس منه فصار معذوراً في القذف فجاز أن يجعل له من نفيه سبيل إلى سقوط الحد ورفع المعرة ونفي النسب وليس الأجنبي مضطراً، فلم يكن في القذف معذوراً فصار أغلظ حكماً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَكَانَ بَيِّناً وَاللَّهُ أَعْلَمُ فِي كِتَابِهِ أَنَّهُ أَخْرَجَ الزَّوْجَ مِنْ قَذْفِ المَرْأَةِ بِالْتِعَانِهِ كَمَا أَخْرَجَ قَاذِفَ المُحْصَنَةَ غَيْرِ الزَّوْجَةِ بِأَرْبَعَةِ شُهُودٍ مِمَّا قَذَفَهَا بِهِ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال القاذف لزوجته من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن تصدقه على القذف، وتصديقها أن تقر بالزنا الذي رماها به فيسقط عنه حكم القذف ويجوز أن يلاعن لرفع الفراش ونفي النسب.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يلاعن إذا صدقت، لأن اللعان عنده شهادة والشهادة لا تقام على مقر والكلام معه يأتي.

والحالة الثانية: أن تكون منكره للزنا لكنه يقيم البينة عليها بالزنا. فيسقط عنه حد القذف ويجوز له أن يلاعن قبل إقامة البينة وبعدها لرفع الفراش ونفي النسب، وقال بعض التابعين لا يجوز أن يلاعن مع وجود البينة لقوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾** [النور: ٦].

والدليل على جوازه وهو قول الجمهور أن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وبين هلال بن أمية وزوجته ولم يسألهما ألكما بيّنة أم لا؟ فدل على جوازه في الحالين، ولأن اللعان يفيد ما لا تفيده الشهادة من رفع الفراش ونفي النسب فصارت الشهادة مقصورة على إسقاط حقها وفي اللعان إثبات حقه وإسقاط حقها فجاز مع وجودها لعموم حكمه، فأما الآية فخارجة مخرج الشرط لا مخرج الخبر.

والحالة الثالثة: أن تكون غير مصدقة له وليس له بينة عليها بالزنا فيجوز أن يلاعن بإجماع، وهي الحال التي لاعن فيها رسول الله ﷺ بين العجلاني وامرأته وبين هلال بن أمية وزوجته وليس اللعان بواجب عليه وإن جاز له ولا إذا لاعن وجب اللعان عليها وإن جاز أن تلاعن بل الزوج بالخيار في لعانه، فإن لم يلاعن حد للقذف، ولا حد عليها ولا لعان، وإن لاعن الزوج سقط عنه حد القذف ووجب حد الزنا عليها، فإن لاعنه سقط عنها حد الزنا، ولا يجبر واحد منهما على اللعان.

وقال أبو حنيفة: اللعان وَاجِبٌ عليها، فإن امتنع الزوج من اللعان يحبس حتى يلاعن فإذا لاعن وجب اللعان على الزوجة، فإن لاعنت وإلا حبست حتى تقر ولا يجب الحد على واحد منهما.

واستدل أبو حنيفة على وجوب اللعان عليهما وسقوط الحد عنهما بقوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾** [النور: ٦] الآية وفيها دليلان:

أحدهما: أنه قابل القذف باللعان فدل على وجوبه.

والثاني: أنه لم يورد للحد ذكراً فدل على سقوطه، قال: ولأن وجوب الحد زيادة على النص، والزيادة على النص تكون نسخاً، والنسخ لا يثبت بقياس ولا استدلال، قال: ولأن الله تعالى نصّ على اللعان في قذف الأزواج وعلى الحد في قذف الأجانب، فلما لم يجز نقل اللعان إلى الأجانب لم يجز نقل الحد إلى الأزواج، قال: ولأن قذف الزوج لو أوجب عليه الحد لما جاز له إسقاطه بنفسه، ولو وجب حد الزنا عليها كالبينة لما كان لها سبيل إلى إسقاطه عنها، فدل ذلك على أن الحد لم يجب عليهما، قال: ولأن اللعان القذف فلو كان الحد قد وجب بالقذف لما سقط بتكرار القذف.

ودليلنا قول الله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** [النور: ٤] فكان على عمومه في الأجانب والأزواج، فإن قيل: هذا منسوخ في الأزواج بآية اللعان، قيل آية اللعان تقتضي زيادة حكم في قذف الأزواج وورود الزيادة لا توجب سقوط الأصل، ويدل عليه قول النبي ﷺ لهلال بن أمية حين قذف زوجته «البينة أو حد في ظهرك» يكررها عليه مراراً فدل على وجوب الحد في قذفه.

فإن قيل فهذا منسوخ بآية اللعان، لأن نزولها أسقط عنه المطالبة بالحد كما أسقط عنه المطالبة بالبينة فاقتضى أن يكون نزولها موجباً لسقوط الحد كما كان موجباً لسقوط البينة، قيل هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن اللّعان، إمّا أن يكون يميناً على قولنا أو شهادة على قولهم وكلاهما لا يقعان إلا عن مطالبة بحق تقدمهما، ولا يجبر أحد عليهما.

والثاني: أن سقوط الحد باللعان لا يمنع من وجوبه عند عدم اللعان كالبينة.

ولأن ما دل على تحقيق القذف لم يمنع عدمه من وجوب الحد كالبينة فيصير هذا الانفصال قياساً مجوزاً؛ ولأن الزوج لو أكذب نفسه بعد القذف وجب عليه الحد بوفاق أبي حنيفة، فلولا وجوبه قبل الإكذاب لما جاز أن يجب عليه بالإكذاب، لأن تكذيب نفسه تنزيه لها من القذف فلم يجز أن يجب به حد القذف.

وتحرير هذا الاستدلال قياساً أن كل قاذف وجب الحد عليه بإكذاب نفسه وجب الحد عليه بابتداء قذفه كالأجنبي، ولأن كل قذف وجب به الحد على غير الزوج وجب به الحد على الزوج كالعبد والمكاتب.

فإن قيل العبد والمكاتب ممن لا يصح اللعان منهما قيل: عندنا يصح اللعان منهما فلم تسلم هذه الممانعة ثم تفسد عليهم بالحر إذا كان تحته أمة وهو من أضل اللعان ولا حد عليه في هذا القذف.

فأما الجواب عن وجهي استدلالهم بقوله تعالى **﴿والذين يرمون أزواجهم﴾** فمن وجهين:

أحدهما: أنه ذكر في آية اللعان ما له من الحق في قذفه، وذكر في آية القذف ما عليه من الحق في قذفه، وليس يمتنع أن يجتمع في قذفه حق له وحق عليه فلم يتنافيا.

والثاني: أنه داخل في عموم آية القذف ومخصوص بزيادة حكم في اللعان فلم يتعارضا.

أما الجواب عن قوله: إنها زيادة على النص فتعتبر نسخاً فمن وجهين:

أحدهما: أن كليهما نص فلم يكن ناسخاً.

والثاني: أن الزيادة على النصّ لا تكون عندنا نسخاً، لأن النسخ يكون فيما لا يمكن الجمع بينهما والجمع هاهنا ممكن فلم تعتبر نسخاً.

وأما الجواب عن قولهم: لما لم يجز نقل اللعان إلى الأجانب لم يجز نقل الحد إلى الأزواج فمن وجهين:

أحدهما: أن آية القذف عامة فدخل فيها الأزواج، وآية اللعان خاصة فخرج منها الأجانب فلم يجز اعتبار إحدى الآيتين بالأخرى.

والثاني: أن علة الحد القذف وهو موجود في الأزواج فساوى فيه الأجانب وعله اللعان الزوجية وهو معدوم في الأجنبي فخالف فيه الأزواج. وأما الجواب عن قولهم: إنه لو وجب عليه الحد ما كان له إسقاطه بنفسه، فهو أن اللعان إما أن يكون يميناً على قولنا أو شهادة على قولهم، ولكل واحد منهما مدخل في الإبراء من الحقوق فلم يمتنع أن يسقط به الحد، وأما الجواب عن قولهم: إن اللِّعَان تكرير القذف فلم يسقط به حَدَّ القَذْفُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أنَّه يمين أو شهادة ولا يكون واحداً منهما قذفاً.

والثاني: أنه مأمور باللعان عِنْدَنا على طريق الجواز وعندهم على وجه الوجوب، والقذف منهي عنه وغير داخل في الحكمين فبطل بهذين أن يكون قذفاً. . والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ أَنَّ لَيْسَ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَلْتَعِنَ حَتَّى تَطْلُبَ المَقْذُوفَةُ كَمَا لَيْسَ عَلَى قَاذِفِ الأَجْنَبِيَّةِ حَدٌّ حَتَّى تَطْلُبَ حَدَّهَا».

قال الماوردي: اختلف العلماء في حد القذف على خمسة مذاهب:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي: أنه من حقوق الآدميين، لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط بالعفو وينتقل إلى الورثة بالموت.

والثاني: وهو مذهب الحسن البصري: أنه من حقوق الله تعالى المحصنة يجب بغير مطالبة ولا يسقط بالعفو.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة: أنه من حقوق الله المحصنة، لأنه لا يجب إلا بالمطالبة ولا يسقط بالعفو ولا ينتقل إلى الورثة بالموت.

والرابع: وهو مذهب أبي يوسف: أنه حق مشترك بين حق الله تعالى وحق الآدمي لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط بالعفو.

والخامس: وهو مذهب مالك: أنه من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق الآدمي فإن سمعه الإمام وشاهدان وجب بغير مطالبة، وإن سمعه الإمام وحده لم يجب إلا بالمطالبة، ويجوز العفو عنه قبل الترافع إلى الإمام، ولا يجوز العفو عنه بعد الترافع إليه.

واستدل أبو حنيفة ومن ذهب إلى أنه من حقوق الله تعالى بقوله سبحانه: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] وهذا خطاب متوجه إلى أولي الأمر من الأئمة والحُكّام، وكل خطاب توجه من الله تعالى إليهم في حق كان ذلك الحق من حقوق الله تعالى لا من حقوق الآدميين كقوله: ﴿الزاني والزانية فاجلدوا﴾ [النور: ٢]، و ﴿السارق والسارقة فاقطعوا﴾ [المائدة: ٣٨] ولأنه حق لا ينتقل إلى مال فوجب ألا يكون من حقوق الآدميين كالزنا.

ولأنه حد يفرق على جميع البدن فأشبه حد الخمر، ولأنه لو كان من حقوق الآدميين لوجب إذا قذف الإنسان نفسه فقال: زنيت أن لا يحد، لأنه لا يصح أن يثبت له على نفسه حق فلما وجب عليه الحد في قذفه ثبت أنه من حقوق الله تعالى، ودليلنا قول النبي ﷺ في حجة الوداع «ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا».

ووجه الدليل منه أنه أضاف أعراضنا إلينا كإضافة دمائنا وأموالنا، ثم كان ما وجب في الدماء والأموال من حقوق الآدميين فكذلك ما وجب في الأعراض.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خرج من منزله يقول: اللهم إني قد تصدقت بعرضي على عبادك»[١]. فدل هذا الخبر على أن ما وجب عن عرضه من حقه، ودل على صحة عفوه.

ومن القياس أنه حق على بدن إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع فوجب أن يكون من حقوق الآدميين كالقصاص.

وقياس ثان أنه حق لا يستوفيه الإمام إلا بعد المطالبة فوجب أن يكون من حقوق

---

(١) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة (٦٢) وأبو داود في السنن (٤٨٨٦) والخطيب في موضح أوهام الجمع والتفريق (١/ ٢٧).

الآدميين كالديون، فإن قالوا: ينتقص بالقطع في السرقة ولا يستوفي إلا بالمطالبة ثم هو من حقوق الله تعالى: قيل فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يجوز للإمام أن يقطع السارق من غير مطالبة إذا ثبت عنده سرقته، فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: وهو مذهب الشافعي أنه لا يقطع إلا بالمطالبة بالمال لا بالقطع، والتعليل موضوع على أن ما لا يستوفى إلا بالمطالبة فهو من حقوق الآدميين.

فلم يدخل عليه القطع في السرقة.

وقياس ثالث: وهو أنه معنى وضع لرفع المعرة، فوجب أن يكون من حقوق الآدميين كطلب الكفارة في المناكح، ولأن الدعوى فيه مسموعة واليمين فيه مستحقة، وحقوق الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ولا تستحق فيها الأيمان.

أما الجواب عن قولهم أن الخطاب في استيفائه متوجه إلى الولاة من الأئمة والحكام، فهو أن المقصود بخطابهم، أن يقوموا باستيفائها لمستحقيها لأنهم إما أن يعجزوا عنها إن ضعفوا، أو يتعدوا فيها إن قووا فكان استيفاء الولاة لها أعدل.

فأما الجواب عن قياسهم على حد الزنا والخمر فهو المعارضة في معنى الأصل، إما بأنه يسقط بالرجوع بعد الاعتراف، وإما بأنه يستوفى من غير طلب، فخالفه حد القذف الذي لا يسقط بالرجوع بعد الاعتراف ولا يستوفى إلا بالمطالبة.

وأما الجواب عن قولهم: أنه لما وجب عليه الحد في قذف نفسه كان من حقوق الله تعالى، فهو أن حد القذف لا يجب عليه في قذف نفسه، وإنما يصير بقذف نفسه مقراً بالزنا فلزمه حده دون القذف، وحد الزنا لله تعالى فكان مأخوذاً به. وحد القذف لنفسه فكان ساقطاً عنه.

فصل: فإذا تقرر أن حد القذف من حقوق الآدميين المحصنة يجب بالطلب ويسقط بالعفو، وقذف الرجل امرأته بالزنا فلهما ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن تمسك الزوجة عن المطالبة، ويمسك الزوج عن اللعان، فلا اعتراض على واحد منهما، وهما على النكاح والاستباحة، وحكم القذف موقوف لا يسقط بالتأخير ولا يؤثر فيه الإمساك.

والحال الثانية: أن تطلب الزوجة بالحد مع إمساك الزوج عن اللعان، فيقال للزوج أنت مخير في الالتعان فإن التعنت وإلا حددت.

والحال الثالثة: أن يدعو الزوج إلى اللعان مع إمساك الزوجة عن طلب الحد، فلا

يخلو إمساكها من أحد أمرين، إما أن يكون لعفو أو لتوقف.

فإن كان إمساكها لتوقف عن المطالبة من غير عفو عنه، جاز للزوج أن يلاعن ليسقط به الحد عن نفسه، وليرفع به الفراش، وينفي به النسب، وإن كان إمساكها لعفو عن الحد، نظر فإن كان هناك ولد يريد الزوج نفيه باللعان فعليه أن يلتعن لنفيه، لأنه لا ينتفى عنه إلا بلعان، وإن لم يكن هناك ولد ينفى، ففي جواز لعانه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يلتعن لرفع الفراش بالتحريم المؤبد.

والوجه الثاني: ليس له أن يلاعن، لأنه لا يستفيد بلعانه فائدة، وتحريمها يقدر عليه بطلاقه، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمَّا لَمْ يَخُصَّ اللَّهُ أَحَداً مِنَ الأَزْوَاجِ دُونَ غَيْرِهِ وَلَمْ يَدُلَّ عَلَى ذَلِكَ سُنَّةٌ وَلاَ إِجْمَاعٌ كَانَ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ جَازَ طَلاَقُهُ وَلَزِمَهُ الفَرْضُ وَكَذَلِكَ كُلُّ زَوْجَةٍ لَزِمَهَا الفَرْضُ وَلِعَانُهُمْ كُلُّهُمْ سَوَاءٌ لاَ يَخْتَلِفُ القَوْلُ فِيهِ وَالفُرْقَةُ وَنَفْيُ الوَلَدِ وَتَخْتَلِفُ الحُدُودُ لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ وَعَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال اللعان يمين تصح من كل زوج صَحّ طلاقه وظهاره ومع كل زوجة صح منها فعل الزنا، سواء كانا مسلمين أو كافرين أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً، وسواء كانا حرين أو مملوكين، أو أحدهما حراً والآخر مملوكاً، وسواء كانا عفيفين أو محدودين في قذف أو أحدهما عفيفاً والآخر محدوداً، وبه قال من التابعين الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار ومن الفقهاء: ربيعة، ومالك، والليث بن سعد، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، وصاحباه: اللعان شهادة لا تصح إلا من مسلمين حرين، عفيفين، فإن كانا كافرين أو أحدهما، أو مملوكين أو أحدهما، أو محدودين في قذف أو أحدهما، لم يصح لعانه.

وبه قال الزهري، والأوزاعي، واستدل على أن اللعان شهادة بقول الله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾** [النور: ٦] فدلت هذه الآية على أن اللعان شهادة من وجهين:

أحدهما: قوله: **﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾**.

فاستثناهم من الشهداء بأن جعلهم شهداء لأنفسهم، والاستثناء من الجملة داخل في جنسها.

والثاني: قوله: ﴿**فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾ فعبر عنه بلفظ الشهادة وعلق عليه عدد الشهادة في الزنا فدل اللفظ والعدد على أنه شهادة. وقال: ولأن ما لا يصح إلا بلفظ الشهادة لم يكن يميناً وكان شهادة اعتباراً بسائر الشهادات، قال: ولأنه رفع حكم القذف فوجب أن يكون شهادة كالبينة، واستدل على أنه لا يصح منهما إذا كان أحدهما كافراً أو مملوكاً أو محدوداً. برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «أربع من النساء لا لعان بينهن وبين أزواجهن، النصرانية واليهودية تحت مسلمين والحرة تحت مملوك والمملوكة تحت حر» قالوا: هذا نص قالوا: ولأن كل من لم يكمل الحد يقذفها لم يصح اللعان بينها وبين زوجها كالصغيرة، قالوا: ولأن اللعان بين الزوجين كالحد في حق الأجانب فلما لم يجب الحد إلا بقذف حرة مسلمة لم يصح اللعان إلا من حرة مسلمة، والدليل على أن اللعان يمين وليس شهادة. ما روي عن النبي ﷺ قال في زوجه هلال بن أمية حين جاءت بولدها على النعت المكروه: «لولا ما مضى من الأيمان لكان لي ولها شأن» فسمى اللعان يميناً، ولأنه لا يجوز أن يشهد الإنسان لنفسه وإن جاز أن يحلف لها، وكل واحد من الزوجين يلاعن عن حق لنفسه فثبت أنه يمين وليس بشهادة، ولأنه لو كان شهادة لما لزم تكراره أربعاً، لأن الشهادة لا تكرر والأيمان قد تكرر، ولأن الشهادة لا يتضمنها لعن ولا غضب ولأن المرأة لا تساوي الرجل في الشهادة وتساويه في الأيمان، وهي في اللعان مساوية للرجل فثبت أنه يمين، ولأن لفظ اللعان أن يقول: أشهد بالله، ولا خلاف أن قول الإنسان في غير اللعان: أشهد بالله، أنه يمين فكذلك في اللعان ولأنه لو كان شهادة لما صح لعان الفاسقين، ولا من الأعميين التحصن وقد وافق على صحة لعان هذين فدل على أنه يمين وليس بشهادة، والدليل على أنه يصح من الكافرين والمملوكين، عموم قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور: ٦] ولم يفرق، ولأن كل زوج صح طلاقه صح لعانه كالحر المسلم، ولأن كل ما خرج به الزوج من قذفه إذا كان من أهل الشهادة خرج به من القذف إن لم يكن معه أهل الشهادة كالبينة، ولأنه ما وقعت به الفرقة بين الزوجين المسلمين وقعت به الفرقة بين الكافرين والمملوكين كالطلاق، وأما الجواب عن استدلالهم في أنه شهادة بقوله تعالى: ﴿**ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم**﴾، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لما أضاف الشهادة إلى نفسه خرجت من حكم الشهادات، لأنه لا يصح أن يشهد لنفسه.

والثاني: أنه وإن كان بلفظ الاستثناء فمن حكم الاستثناء أن يكون مخالفاً لحكم المستثنى منه.

أما الجواب عن استدلاله منهما بقوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ فمن وجهين:

أحدهما: أنه قد يعبر عن اليمين بالشهادة، كما قال تعالى: ﴿إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد أنك لرسول الله﴾ [المنافقون: ١، ٢] إلى قوله: ﴿اتخذوا أيمانهم جنة﴾ فعبر عن أيمانهم بالشهادة.

والثاني: أنه لما سلب لفظ الشهادة في هذا الموضع حكم الشهادات وأجرى عليه حكم الأيمان من أربعة أوجه:

أحدهما: أنه أثبت قوله في حق نفسه.

والثاني: أنه أوجب عليه تكرار لفظه.

والثالث: أنه قرنه باللعان والغضب.

والرابع: أنه وصله بذكر الله، في قوله: أشهد بالله، دل على أنه يمين بلفظ الشهادة، وأما الجواب عن قولهم: إن ما لم يصح إلا بلفظة الشهادة كان شهادة، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في جواز اللعان بغير لفظ الشهادة على وجهين:

أحدهما: يجوز أن يقول: أحلف بالله، وأقسم بالله، وأولي بالله. كما يقول: أشهد بالله ـ لأن هذا صريح في اليمين فكان أولى بالجواز، فعلى هذا يسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: لا يجوز إلا بلفظ الشهادة على ما جاء به النص لأن حكمة مأخوذ منه فعلى هذا يكون الجواب متوجهاً، وهو أنه لما قرن لفظ الشهادة بذكر الله خرج عن حكم الشهادات المجردة عن ذكر الله، وألحق بالأيمان المضافة إلى اسم الله، وأما الجواب عن قولهم: أنه قد يرفع حكم القذف كالبينة، فهو أن الإقرار قد يرفع حكم القذف ولا يكون بينه، وأما الجواب عن استدلالهم في الفصل الثاني بحديث عمرو بن شعيب فمن ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن أبا يحيى الساجي قال: هذا حديث لا يثبته أصحاب الحديث، وإذا قال إمام من أصحاب الحديث هذا، سقط الاحتجاج به.

والثاني: أنه مرسل، وليست المراسيل عندنا حجة، وذلك أن عمرو بن شعيب ابن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، وجده الأدنى ليس له صحبه ورواية فإذا روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده كان الظاهر أنه عن محمد بن عبد الله لأنه جده الأدنى فمن هذا الوجه صار مرسلاً لا يلزم الاحتجاج به.

والثالث: أننا نسلم الحديث، ونحمل قوله: «لا لعان بين أربع»، إلا عند حاكم، فإن قيل: فغيرهم لا يجوز لعانه إلا عند الحاكم فما فائدة التخصص؟.

قيل: فائدته أنه يجوز أن يتوهم فيهم لنقصهم بالكفر والرق جواز لعان العبد عند سيده، ولعان الكافر في أهل دينه، فنفى النص هذا التوهم، على أن أبا إسحاق المروزي قال: لو صح الحديث وجب المصير إليه والقول به، غير أنه لم يصح.

وأما الجواب عن قياسهم على الصغيرة: فهو أن للصغيرة حالتين: حالة يمكن وطؤها فاللعان فيها يصح ويكون موقوفاً على بلوغها، لأن قذفها بالزنا يمكن أن يكون صدقاً، ويمكن أن يكون كذباً.

والحال الثانية: أن تكون صغيرة لا يمكن وطء مثلها، فالقذف هنا مستحيل للعلم يكذبه، فخرج عن القذف المحتمل للصدق والكذب، فإذا استحال صدقه لم يجز أن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين كمن يجوز صدقه، فلم يجز الجمع بين متنافيين.
أما الجواب عن قولهم إن اللعان بين الزوجين كالحد في حق الأجانب، فهو أنه غير مسلم بل لعان الزوج يمين في حق نفسه في سقوط حد القذف عنه، وكالشهادة في حق الزوجة لوجوب حد الزنا عليها، والشهادة تسمع على الكافرة والمملوكة، فكذا اللعان.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من كون اللعان يميناً يصح من الكافرين والمملوكين كما يصح من الحرين والمسلمين، فقد قال الشافعي: كان ذلك من كل زوج جاز طلاقه ولزمه الفرض، وكذلك على كل زوجة لزمها الفرض، والمراد بقوله: جاز طلاقه أي كان مكلفاً؛ لأن غير المكلف بالصغر والجنون لا يصح طلاقه فكذلك لا يصح لعانه، وقوله: ولزمه الغرض، أراد به التكليف، فعبر عنه بعبارتين فسر إحداهما بالأخرى، وكذلك لعانها لا يصح منها إذا كانت غير مكلفة بصغر أو جنون، وإن صح أن يلاعن الزوج منها في هذه الحالة لرفع الفراش ونفي النسب، ثم قال الشافعي: ولعانهم كلهم سواء، لا يختلف القول فيه ولا الفرقة ونفي الولد وهذا صحيح، ليس يختلف اللعان بالكفر والإسلام كما تختلف حدود القذف، ولا بالحرية والرق كما تختلف الحدود والطلاق. وجميعهم في صفة اللعان وأحكامه سواء، ثم قال: وتختلف الحدود لمن وقعت له وعليه وهذا صحيح، إنما يختلف حد القذف في المقذوف بالإيجاب والإسقاط، فإذا كان المقذوف كاملاً بالحرية والإسلام وجب على قاذفه الحد، وإن كان ناقصاً بالرق، أو الكفر، يسقط الحد، ويلزم التعزير، ويختلف حد القذف في القاذف بالزيادة والنقصان، فإن كان حراً وجب عليه الحد الكامل ثمانون جلدة سواء كان مسلماً أو كافراً، وإن كان مملوكاً وجب عليه نصف الحد أربعون جلدة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسِوَاءٌ قَالَ زنتْ أَوْ رَأَيْتُهَا تَزْنِي أَوْ يَا زَانِيَة كَمَا يَكُونَ ذَلِكَ سَوَاءٌ إِذَا قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً».

قال الماوردي: وهو كما قال، كل قذف أوجب الحد من الأجنبية كان قذفاً يجوز به اللعان من الزوجة، سواء كان بلفظ الشهادة كقوله: رأيتها تزني، أو كان بغير لفظ الشهاد كقوله: قد زنت، أو يا زانية، وهو قول أبي حنيفة.

وقال مالك: لا يجوز أن يلاعن إلا أن يقذفها بلفظ الشهادة إن كانت حائلاً، ويجوز بغير لفظ الشهادة إن كانت حاملاً استدلالاً بأن هلال بن أمية والعجلاني قذفا بلفظ الشهادة، وقال هلال: رأت عيني وسمعت أذني. فنزلت آية اللعان، فكانت مقصورة على سببها، ولأن اللعان كالشهادة في سقوط حد القذف عنه ووجوب حد الزنا عليه، فوجب أن يكون القذف فيها بلفظ الشهادة كالشهادة.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم﴾** الآية، فاقتضى حكم العموم أن يصح اللعان من كل رام لزوجته، فإن قالوا: اللفظ العام وارد على سبب خاص. والاعتبار بخصوص السبب، قيل هذا غير مسلم، بل عندنا أن الاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب لأمرين:

أحدهما: أن السبب قد كان موجوداً ولا حكم ثم ورد اللفظ فتعلق به الحكم، فكان اعتبار ما وجد الحكم بوجوده أولى من اعتبار ما لم يوجد الحكم بوجوده.

والثاني: أن تخصيص العموم إنما يقع بما ينافي اللفظ ولا يقع بما يوافقه، والسبب موافق له، فلم يجز أن يكون مخصصاً، ولأن كل قذف صح به اللعان إذا كان بلفظ الشهادة، صح به اللعان وإن كان بغير لفظ الشهادة كالحامل، ولأن كل قذف صح به لعان الحامل صح به الحائل قياساً على لفظ الشهادة. ولأن لعان الأعمى صحيح وإن استحال منه الشهادة، وفي هذا دليل وانفصال.

فصل: فإذا ثبت جواز اللعان بكل قذف وجب بمثله الحد فلا يخلو حال الزوجة من أحد أمرين: إما أن تكون حائلاً أو حاملاً، فإن كانت حائلاً غير ذات حمل فينقسم حالها ثلاثة أقسام:

أحدها: يجوز أن يقذفها ويلاعن منها وذلك في أربعة أحوال:

إما أن يراها تزني، وإما أن تقر عنده بالزنا، وإما أن يخبره بزناها ثقة يقع في نفسه صدقه. وإما أن يستفيض في الناس أنها تزني ويرى مع هذه الاستفاضة رجلاً قد خرج من عندها في أوقات الريب فيتحقق به صدق الاستفاضة فيجوز له في هذه

الأحوال الأربع أن يقذفها بالزنا ويلاعن منها، فإن أمسك عن قذفها ولعانها جاز، وكانا على الزوجية وحال الإباحة لما روي أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي لا ترد يد لامس فقال له ﷺ «طلقها»، قال: إني أحبها، قال: «فأمسكها» فأباح إمساكها مع ما كنى عنه من زناها.

والقسم الثاني: أن التي لا يجوز أن يقذفها ولا أن يلاعن منها وهي العفيفة، وهي التي لم يرها تزني ولا أقرت بالزنا، ولا استفاض في الناس زناها ولا أخبره ثقة بزنا، فلا يحل له قذفها، ولا أن يلاعن منها قال الله تعالى: ﴿**إن الذين جاؤوا بالإفك عصبة منكم، لا تحسبوه شراً لكم بل هو خير لكم، لكل امرىء منهم ما اكتسب من الإثم، والذي تولى كبره منهم له عذاب عظيم**﴾ [النور: ١١].

نزلت هذه الآية في الإفك على عائشة رضوان الله عليها، وحكمها عام.

والقسم الثالث: مختلف في جواز قذفها ولعانها، وهو أن يستفيض في الناس زناها، ولا يرى مع الاستفاضة رجلاً يدخل عليها ولا يخرج من عندها، ففي جواز قذفها، ولعانها وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن الاستفاضة أقوى من خبر الواحد وإن كان ثقة.

وإنه لما جاز أن تكون الاستفاضة لوثاً في القسامة يحلف بها على القتل جاز أن تكون من شواهد القذف.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه لا يجوز أن يقذفها به لأن هذه الاستفاضة قد يجوز أن تشتهر عن قول واحد يتخرص عليها بالكذب والأول منهما أظهر عندي، فأما إن رأى رجلاً يخرج من عندها لم يجز أن يقذفها، لأنه ربما خرج من عندها لحاجة أو ربما ولج عليها فلم تطعه، فهذا حكم الحائل.

فصل: أما الحامل فينقسم حالها خمسة أقسام:

أحدها: أنه يجب عليه أن يلتعن منها بغير قذف وهو أن تأتي بولد ولم يدخل بها، فواجب عليه أن يلاعن منها لينفي ولداً يعلم قطعاً أنه ليس منه حتى لا يلحقه بالفراش فيختلط بنسبه من لا يناسبه، ويجعله محرماً لبناته وهن أجنبيات عنه، وإنما جاز أن يلاعن وإن لم يقذف لأنه يجوز أن يكون من زوج قبله أو أكرهت على نفسها فلا تكون زانية.

والقسم الثاني: أنه يجب عليه ملاعنتها لكن بعد القذف، وهو أن يكون قد أصابها واستبرأها ووجد معها رجلاً يزني بها ثم أتت بحمل بعده فيجب عليه بالتعليل الذي ذكرنا أن يلاعن منها لئلا يدخل نسبة من لا يناسبه، لكن لا يجوز أن يلاعن إلا أن

يقذف، فيصير القذف لوجوب اللعان الذي لا يصح إلا به واجباً عليه، ولولا الحمل ما وجب عليه.

والقسم الثالث: أن يكون مخيراً بين أن يلاعنها أو يمسك، وهو أن يطأها ولا يستبريها، ويرى رجلاً يزني بها، فيكون بالخيار بين اللعان بعد القذف أو الإمساك، فأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه جاز أن ينفيه وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز أن ينفيه، وإن لم يغلب على ظنه أحد الأمرين جاز أن يغلب في نفيه حكم الشبه لأجل ما شاهد من الزنا لأن النبي ﷺ جعل للشبه في زوجة هلال بن أمية حين وضعت ولدها تأثيراً وقال«لولا الأيمان لكان لي ولها شأن».

والقسم الرابع: أن لا يجوز له ملاعنتها ولا نفي ولدها وهو أن يكون على إصابتها ولا يراها تزني، ولا يخبر عنها بالزنا، ولا يرى في ولدها شبهاً منكراً فيحرم عليه لعانها ونفى ولدها لرواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة، وأيما رجل جحد ولده هو يراه احتجب الله عنه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين[(١)]».

والقسم الخامس: ما اختلف في جواز ملاعنتها: أن تأتي بولد أسود من بين أبيضين، أو أبيض من بين أسودين ولا يراها تزني، ولا يخبر بزناها، ففي جواز لعانه منها ونفي ولدها بهذا الشبه وجهان:

أحدهما: يجوز لعانها ونفي ولدها، لأن النبي ﷺ قال: «إن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا وقد صدق عليها»، فجعل للشبه تأثيراً.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه لا يجوز أن يلاعن منها، ولا آن ينفي ولدها، لرواية سعيد بن المسيب عن أبي هريرة «أن رجلاً من بني فزار أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إنَّ امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال فهل فيها من أورق قال: نعم، قال: أنى تراه؟ قال: عن أن يكون عرقاً نزعه، فقال: كذلك هذا عسى أن يكون عرقاً نزعه»[(٢)]. أي عسى أن يكون في آبائه من رجع بهذا الشبه إليه والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٦٣) والنسائي (٢/ ١٠٧) والدارمي (٢/ ١٥٣) والشافعي (٢٥٨).

(٢) أحمد (٢/٢٣٩) والبخاري (٦٨/٧، ٢١٥/٨، ١٢٥/٩) ومسلم (١١٣٧) وأبو داود (٢٢٦٠) والترمذي (٢١٢٨) والنسائي (١٧٨/٦) وابن ماجه (٢٠٠٢، ٢٠٠٣) والبيهقي في الكبرى (١٨٦/٤، ٤١١/٧، ٢٥٢/٨، ١٥٩/١٠).

مسألة: قَالَ المزني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَلَوْ جَاءَتْ بِحَمْلٍ وَزَوْجُهَا صَبِيٌّ دُونَ العَشْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ لأَنَّ العِلْمَ يُحِيطُ أَنَّهُ لَا يُولَدُ لِمِثْلِهِ وَإِنْ كَانَ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ وَأَكْثَرَ وَكَانَ يُمْكِنُ أَنْ يُولَدَ لَهُ كَانَ لَهُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْفِيهِ بِلِعَانٍ أَوْ يَمُوتُ قَبْلَ البُلُوغِ فَيَكُونُ وَلَدُهُ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة بيان أقل الزمان الذي يحتلم فيه الغلمان وهو عشر سنين.

وقال أبو حنيفة: اثنتي عشرة سنة اعتباراً بالوجود، وأنه لم ير غلاماً احتلم لأقل منها بدليلنا عليه ورود السنة باعتبار العشر في أحكام البلوغ. وهو أن النبي ﷺ:

قال «مروهم بالطهارة والصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» ولأن أقل زمان الاحتلام معتبراً بالوجود، وقد وجد من احتلم لعشر وإن ندر، فاقتضى أن تكون حداً لأقله كالحيض لتسع، وقد حكي أن عمرو بن العاص ولد له ابنه عبد الله وهو ابن عشر سنين ولو وجد من احتلم لأقل منها فجعلناه حداً، لكن لم يوجد، كما لم توجد من تحيض لأقل من تسع ولو وجدت لصارت حداً، فإن قيل: لما صار أقل زمان الحيض تسعاً وأقل زمان الاحتلام عشراً.

قيل: قد كان أبو حامد الإسفراييني يجمع بينهما، ويجعل أقل زمانهما تسع سنين، ويحمل كلام الشافعي في العشر على أنها حد لحوق الولد تقريباً لأقل زمانه وإن قل الاحتلام على التحقيق لتسع سنين كالحيض، لأنهما لما استويا في البلوغ بالسنين بخمس عشرة سنة، وجب أن يستويا في البلوغ بالحيض والاحتلام لتسع سنين، فعلى هذا لو جاءت امرأته الغلام بولد لتسع سنين وستة أشهر بعد التسع هي مدة أقل الحمل لحق به الولد لإمكان أن يكون منه، وذهب سائر أصحابنا متقدموهم ومتأخروهم إلى أن أقل زمان الاحتلام عشر سنين، وإن كان أقل زمان الحيض تسعاً لأن أقلها معتبر بالوجود، وقد وجد الحيض لتسع ولم يوجد الاحتلام لأقل من عشر، وليس يلزم اعتبار أحدهما بالآخر لافتراقهما في الوجود، ثم لافتراقهما في المعنى وهو أن دم الحيض يرخيه الرحم بعد اجتماعه لضعف الجسد عن إمساكه، ومني الاحتلام يخرج لقوة الجسم عن دفعه فصار بينهما شبه لزيادة القوة بهما.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أن أقل زمان الاحتلام عشر سنين فمتى وضعت زوجة الغلام ولداً نظرنا فإن كان له عند ولادتها أقل من عشر سنين لم يلحق به الولد وكان منتفياً عنه بغير لعان لاستحالة أن يكون مخلوقاً من مائه، وإذا استحال لحوق النسب بالفراش انتفى عنه، كمن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت العقد وإن ولدته

لأكثر من عشر سنين لستة أشهر فصاعداً الحق به الولد، لأن العشر سنين أقل زمان الاحتلام، والستة أشهر أقل مدة الحمل، فصار لحوقه ممكناً، والأنساب تلحق بالإمكان، وإن ولدته لأكثر من عشر سنين، وأقل من ستة أشهر بعدها لم يلحق به، لأن العلوق يصير لأقل من عشر سنين. فلذلك انتفى عنه، كمن ولدته لأقل من عشر سنين، وهذا وإن لم يصرح به الشافعي فهو معلوم من أصول مذهبه فلذلك أطلقه فلو مات الزوج لم تنقض عدتها بوضعه لنفيه عنه، واعتدت بأربعة أشهر وعشراً. وإذا لحق به الولد لعشر سنين وستة أشهر لم يكن له أن يلاعن لنفيه حتى يبلغ، فإن قيل: فكيف جعلتموه في حكم البلوغ في لحوق الولد به، ولم تجعلوه في حكم البلوغ في اللعان؟. ومن الممتنع أن يجري عليه حكم البلوغ في شيء دون شيء. قيل: الفرق بين لحوق الولد ونفيه من وجهين:

أحدهما: أن لحوق الولد معتبر بالإمكان، وقد يمكن أن يكون بالغاً فألحقناه، ونفي الولد معتبر باليقين، ولسنا على يقين من بلوغه فمنعناه من نفيه.

والثاني: أن لحوق الولد به حق عليه فألحقناه به مع الإمكان، ونفي النسب حق له. فلم يستبح نفيه بالإمكان.

فصل: فإذا منع من نفيه بعد لحوقه كان نفيه معتبراً ببلوغه، وذلك يكون بأحد ثلاثة أشياء: إما باستكمال خمس عشرة سنة يصير بها بالغاً.

وإما بأن يرى احتلامه بإنزال المني فيصير بالغاً.

وإما بأن يدعي الاحتلام فيحكم ببلوغه ويقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها. فإذا نفاه باللعان بعد بلوغه انتفى عنه، ولو مات قبل أن يلاعن منه ثبت نسبه ولم يكن لورثته أن يلاعنوا عنه لأن اللعان لا يصح إلا من زوج يملك الطلاق، ولو وضعت الولد بعد موته انقضت عدتها بوضعه، كذلك لو وضعته بعد لعانه؛ لأنه لو استلحقه في انقضاء العدة بعد اللعان لحق به، ولو استلحق المولود لأقل من عشر سنين لم يلحق به فافترقا في انقضاء العدة.

وقال الشافعي في بعض كتبه، وحكاه ابن القطان عنه أنه إذا مات قام ورثته مقامه، ولم يرد به في اللعان، وإنما أراد به مسألة مخصوصة وهو أن ينكر الزوج ولادتها له، ويقول التقطية ولم تلديه فيكون القول قوله مع يمينه حتى تقيم البينة على ولادته، فلو مات الزوج قبل أن يخلق قام ورثته مقامه في أن يحلفوا أنها لم تلده، فإن نكلوا حلفت على ولادته ولحق بالزوج، فإن نكلت ففي وقوف اليمين على بلوغ الولد وجهان مضيا في مواضع تقدمت.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ بَالِغاً مَجْبُوباً كَانَ لَهُ إِلاَّ أَنْ يَنْفِيَهُ بِلِعَانٍ لأَنَّ العِلْمَ لاَ يُحِيطُ أَنَّهُ لاَ يُحْمَلُ لَهُ».

قال الماوردي: أما المجبوب: فهو المقطوع الذكر، وأما الخصي: فهو المقطوع الخصيتين، فإن كان الخصي باقي الذكر فالولد لاحق به، ولا ينتفي عنه إلا باللعان؛ لأن إيلاج الذكر يحتلب المني من الظهر، وإن كان مجبوب الذكر فالذي نقله المزني أن الولد له إلا أن ينفيه بلعان، وعلل بأن العلم لا يحيط أنه لا يحمل له يعني أننا لا نتيقن عدم إنزاله، ونقل الربيع هذه المسألة عن الشافعي في كتاب «الأم». وعلل فقال: «لأن العلم لا يحيط أنه لا يحمل له» وهذا التعليل يدل على نفي الولد عنه بغير لعان.

واختلف أصحابنا لاختلاف هذا التعليل على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول الأكثرين منهم أن تعليل المزني هو الصحيح، وأن الولد لاحق به لا ينتفي عنه إلا بلعان، لأننا لسنا نقطع يقيناً بعدم الإنزال، وإنما الأغلب من حاله أنه لا ينزل، وقد يجوز في الممكن إذا ساحق فرج المرأة أن ينزل ثم يجتذب الفرج الماء إذا أنزل، ثم يجوز أن تحبل البكر بأن يجتذب فرجها مني الرجل إذا أنزل خارج الفرج ويلحق به ولدها، كذلك ولد المجبوب يجوز أن يوجد ذلك فيه فيلحق به الولد؛ لأن الولد يلحق من طريق الإمكان وإن كان بعيداً في الوجود.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه إن كان المجبوب خصياً ممسوح الذكر والأنثيين لم يلحق به الولد؛ لأن الأنثيين محل المني الذي يتدفق بعد انفصاله من الظهر فإذا عدم الممسوح الذكر الذي يجتذب به من الظهر وعدم الأنثيين الذين يجتمع فيهما ماء الظهر، استحال الإنزال فلم يلحق به الولد وإن كان باقي الأنثيين لحق به الولد لإمكان إنزال المني لقرب مخرجه فاستغنى عن اجتذاب الذكر له من الظهر.

والوجه الثالث: وهو قول أبي حامد المروروذي أن في أصل الذكر إذا جب ثقبين،

أحدهما: مخرج البول، والآخر مخرج المني، فإذا كان مخرج المني قد انسد والتحم لم يلحق به الولد لاستحالة إنزاله، وإن كان مخرج المني باقياً كمخرج البول لحق به الولد، لجواز إنزاله والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ قَذَفْتُكِ وَعَقْلِي ذَاهِبٌ فَهُوَ قَاذِفٌ إِلَّا أَنَّ يُعْلِمَ أَنْ ذَلِكَ يُصِيبُهُ فَيُصَدَّقُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حاله إذا قال: قذفتك وعقلي ذاهب، من أن يعلم ذهاب عقله فيما تقدم أو لا يعلم، فإن لم يعلم له حال يذهب فيها عقله لم يقبل قوله في ذهاب عقله لأمرين:

أحدهما: أن الأصل في الناس الصحة حتى يعلم ما عداها.

والثاني: أن الظاهر فيه كونه على الحال التي هو الآن عليها، فإن أراد إحلاف المقذوف على صحة عقله عند قذفه كان إحلاف المقذوف معتبراً بحال القاذف، فإن علم صحة عقله لم يكن له إحلاف المقذوف، وجاز له أن يلاعن لوجوب الحد عليه، وإن لم يقطع بصحة عقله من قبل كان له إحلاف المقذوف بأن القاذف كان صحيح العقل عند قذفه، ولا يلزمه أن يحلف أنه لم يزل صحيح العقل؛ لأن المراعى في حقه صحة العقل عند قذفه، وإن نكل المقذوف عن اليمين، حلف القاذف أنه كان ذَاهِبَ العقل عند قذفه وسقط عنه الحد ولم يكن له أن يلاعن بعد سقوطه.

فصل: فإن علم ذهاب عقله في حال من أحواله، فلا يخلو حال القذف من أمرين:

إما أن تقوم به بينة أو لا تقوم، فإن لم تقم به بينة لمن ادعى القذف، فقال: كان هذا القذف مني وأنا ذاهب العقل، أو قال: قذفتك هذا القذف وأنا ذاهب العقل، فالقول قوله مع يمينه، لا يختلف، ولا حد عليه قولاً واحداً، لأن جنبه حمى، ولم يثبت عليه قذف يوجب الحد، وإن قامت عليه بالقذف بينة، فقال عند ثبوتها عليه: كنت عند قذفي هذا ذاهب العقل، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تشهد البينة بالقذف، أنه كان صحيح العقل عند قذفه، فالحد واجب عليه، وليس لدعواه تأثير في سقوطه.

والحال الثانية: أن يقيم القاذف بينة أنه كان ذاهب العقل عند قذفه، فيحكم بها إذا شهدت بذهاب عقله في قذف قذفها به ولم يسقط الحد عنه لجواز أن يكونا قذفين:

أحدهما: في صحة، والآخر في مرض.

والحال الثالثة: أن لا يقيم المقذوف بينة على صحة عقله عند القذف، ولا يقيم القاذف بينة على ذهاب عقله عند القذف، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول القاذف ولا حد عليه، وهو الذي نصّ عليه الشافعي:

لأن وجوب الحد مشروط بصحة العقل وذلك محتمل، فصارت شبهة في إدرائه.

والقول الثاني: أن القول قول المقذوف مع يمينه اعتباراً بالأصل في الصحة، ويحد القاذف إلا أن يكون زوجاً فيلاعن، وهذا قول مخرج.

واختلف أصحابنا في تخريجه.

فقال أبو حامد الإسفراييني هو مخرج اختلاف قوليه في قطع الملفوف في ثوب إذا ادعى قاطعه أنه كان ميتاً، وادعى وليه أنه كان حياً.

وقال ابن سراقة: هو مخرج من اختلاف قوليه في اللفظ إذا قذف وادعى أنه عبد.

والفرق بين أن يقر بالقذف من غير بينة ويدعي فيه ذهاب العقل فيقبل قولاً واحداً، وبين أن يدعيه بعد قيام البينة عليه فلا يقبل في أحد القولين، أن البينة قد تقررت بشهادة توجب الحد والإقرار له بتجرد عن دعوى تسقط الحد والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف الحقوق والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُلاَعِنُ الأخْرَسُ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الإشَارَة وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ لاَ يُلاعِنُ وَإِنْ طَلَّقَ وَبَاعَ بِإِيْمَاءٍ أَوْ بِكِتَابٍ يُفْهَمُ جَازَ قَالَ وَأُصْمِتَت أُمَامَةُ بِنْتُ أَبِي العَاصِ فَقِيلَ لَهَا لِفُلاَنٍ كَذَا وَلِفُلاَنٍ كَذَا فَأَشَارَتْ أَنْ نَعَمْ فَرُفِعَ ذَلِكَ فَرَأَيْتُ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ».

قال الماوردي: الخرس على ضربين:

أحدهما: أن يكون من أصل الخلقة.

والثاني: أن يكون لعلة، فإن كان من أصل الخلقة موجوداً مع الولادة، فهذا مستقر لا يرجى زواله فيكون هذا الأخرس في الأحكام المتعلقة بأقواله معتبراً بها حال الإشارة، فإن كان غير مفهوم الإشارة، ولا مقروء الكتابة لم يصح منه عقد ولا قذف ولا لعان، وإن كان مفهوم الإشارة، مقروء الكِتابة صحت عقوده اتفاقاً.

واختلف في صحة قذفه ولعانه، فذهب الشافعي إلى صحة قذفه بالإشارة ولعانه بها.

وقال أبو حنيفة: لا يصح منه قذف ولا لعان، واستدل على بطلان قذفه بأن الإشارة كناية. والقذف لا يثبت بالكنايات واستدل على أن لعانه لا يصح بأن اللعان عنده شهادة، والشهادة لا تصح من الأخرس.

وتحريره قياساً: أن تورع بأن قال ما افتقر إلى لفظ الشهادة لم يصح من الأخرس كالشهادة.

ودليلنا: هو أن من صح طلاقه، وظهاره، صح قذفه، ولعانه كالناطق، ولأن ما اختص به من الحقوق تقوم إشارته فيه مقام نطقه كالعقود، ولأنه لما صح منه النكاح مع تأكيده بالولي والشاهدين، فأولى أن يصح منه ما هو أخف من القذف واللعان، ولأنه لما صح منه الطلاق مع جواز نيابة وكيله فيه فأولى أن يصح منه ما لا تجوز النيابة فيه من قذف ولعان، ولأن الخرس أن لا تمنع من اليمين فوجب أن لا تمنع من اللعان كالطرش.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الإشارة بالقذف كناية ولا يثبت بها، فهو أنها كناية من الناطق، وصريح من الأخرس، كما يصح النكاح بإشارته وإن لم يصح بالكناية.

وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة. فاللعان عندنا يمين، ويمين الأخرس تصح بالإشارة، والشهادة فقد جوزها أبو العباس بن سريج بإشارته، فيكون الأصل على قوله غير مسلم، والذي عليه جمهور أصحابنا: أنه لا تصح شهادته وإن صح قذفه ولعانه لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن غيره يقوم مقامه في الشهادة، ولا يقوم مقامه في القذف.

والثاني: أن القذف واللعان يختصان به فدعت الضرورة إلى إمضائه بإشارته كالنكاح، والطلاق، والشهادة لا تختص به فلم تدع الضرورة إلى إمضائها بإشارته والله أعلم.

فصل: وأما الخرس الحادث لعلة طرأت فيرجع فيه إلى علماء الطب فإن شهد عدولهم بدوامه وعدم برئه جرى عليه ما قدمناه من حكم الخرس في أصل الخلقة في اعتبار المفهوم من إشارته والمقروء من كتابته، وقد أصمتت أمامة بنت أبي العاص رضي الله عنها في مرض موتها، فأشارت بوصايا أمضتها الصحابة رضي الله عنهم.

وقضى رسول الله ﷺ في الأنصارية التي شدخ اليهودي رأسها فأصمت بإشارتها إلى قاتلها، وإن شهد علماء الطب بزواله وحدوث برئه لم يجر على إشارته حكم وكان كالناطق المشير، وإن أشكل على الطب، وجب التوقف عنه وترك الحكم بإشارته حتى ينتهي بتطاول المدة إلى زمان تيأس فيه من برئه فيحكم حينئذ بخرسه واعتبار إشارته.

فصل: فإذا حكم بخرسه واعتبار إشارته في قذفه ولعانه، تعلق بلعانه من الأحكام ما يتعلق بلعان الناطق من الأحكام الأربعة، وهي وقوع الفرقة، وتحريم التأبيد،

وإسقاط الحد، ونفي النسب، فلو نطق بعد خرسه وعاد إلى حال الصحة، سئل عن إشارته بالقذف واللعان في حال خرسه وفي سؤاله وجهان محتملان:

أحدهما: أن سؤاله استظهار وليس بواجب لنفوذ الحكم بإشارته على ظاهر الصحة.

والوجه الثاني: أن سؤاله واجب، لأن في الإشارة احتمالاً يلزم الكشف عن حقيقته، فإذا سئل كان له في الجواب ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يعترف بالقذف واللعان فيستقر ما تعلق به من الأحكام الأربعة ويكون جوابه موافقاً لحال إشارته.

والحال الثانية: أن ينكر القذف واللعان، فقد جرى عليه بالإشارة من الأحكام ما رجع عنه بالإنكار، فصار كالناطق إذا لاعن ثم رجع يقبل رجوعه فيما له من التخفيف، ولا يقبل رجوعه فيما عليه من التغليظ والذي له من الأحكام الأربعة شيئان: وقوع الفرقة، وتحريم التأبيد، فلا يقبل قوله فيهما بإنكار اللعان لتوجه التهمة إليه فيهما، والذي عليه من الأحكام الأربعة شيئان، وجوب الحد، ولحوق النسب فيقبل قوله فيهما بإنكار اللعان لانتفاء التهمة عنه، فإن قال عند وجوب الحد عليه ولحوق الولد به: أنا ألاعن الآن جاز له أن يلاعن نطقاً، وينتفي عنه الولد، ويسقط عنه الحد.

والحال الثالثة: أن يقر بالقذف وينكر اللعان، فقد جرى عليه القذف وإن كان مقراً به، وأحكام اللعان وإن كان منكراً له، فيعرض عليه اللعان، فإن أجاب إليه كان لعاناً ثانياً بعد أول تتأكد به أحكام اللعان الأول وإن لم يجب إليه، صار كالمنكر للقذف واللعان، يعود عليه من أحكامه ماله من الحد ولحوق الولد تغليظاً بعد التخفيف، ولا يعود عليه من أحكامه ما عليه من وقوع الفرقة، وتحريم التأبيد، لأنه تخفيف بعد التغليظ، والحكم في خرس الزوجة كالحكم في خرس الزوج.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ مَغْلُوبَةً عَلَى عَقْلِهَا فَالْتَعَنَ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ وَنُفِيَ الوَلَدُ إِنْ انْتَفَى مِنْهُ وَلاَ تُحَدُّ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِمَّنْ عَلَيْهِ الْحُدُودِ».

قال الماوردي: إذا قذف الرجل زوجته بالزنا وهي عاقلة فجنت قبل لعانه، أو قذفها وهي مجنونة، فحكم لعانه منها في الحالين سواء، وإنما يختلفان في حكم القذف، فإن قذفها عاقلة ثم جنت، وجب الحد، وإن قذفها بعد جنونها وجب عليه التعزير، فإذا أراد أن يلاعن من قذفه هذا نظرنا فإن كان لها ولد أراد أن ينفيه، فله أن يلاعن منها في حالة جنونها، ويتعلق بلعانه الأحكام الأربعة التي تتعلق بلعانه من العاقلة، من سقوط الحد، ونفي الولد، ووقوع الفرقة، وتحريم التأبيد، لتعلق هذه

الأحكام كلها بلعان الزوج وحده، وإنما يختص لعانها بسقوط الحد عنها، فلذلك لم يمنع جنونها من لعانه منها، وإن لم يكن لها ولد يريد نفيه، فهو غير مطالب بحد القذف، أو تغريره ما كانت في جنونها، وفي جواز لعانه منها قبل إفاقتها وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من كلام الشافعي في هذا الموضع ـ أنه يلاعن ليتعجل به سقوط الحد أو التغرير وليستفيد به وقوع الفرقة وتحريم التأبيد، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من كلام الشافعي في أول هذا الكتاب أنه لا يجوز أن يلاعن ما لم تطالب بالحد أو التغرير، ولا سبيل إلى المطالبة به ما كانت الزوجة على جنونها، ولا معنى لاستفادة الفرقة به لأنه يقدر عليها بالطلاق الثلاث فاستغنى به من اللعان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ طَلَبَهُ وَلِيُّهَا أَوْ كَانَتِ امْرَأَتُهُ أَمَةً فَطَلَبَهُ سَيِّدُهَا لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كانت المقذوفة مجنونة، فطلب وليها حد القاذف، أو كانت أمة فطالبه سيدها فلا حق لواحد منهما في المطالبة بحد ولا لعان، ويكون ذلك موقوفاً على طلبها بعد الإفاقة، لأمرين:

أحدهما: أن حد القذف موضوع للتشفي فكان موقوفاً على مطالبتها دون الولي كالقصاص.

والثاني: أنه من حقوق الأبدان دون الأموال فلم يكن للولي المطالبة به، كما ليس له المطالبة بالقسم ولا يحق الإيلاء ومن هذين الوجهين فارق المطالبة بحقوق الأموال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تَعْفُو عَنْهُ فَطَلَبَهُ وَلِيُّهَا كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَلْتَعِنَ أَوْ يُحَدَّ لِلحُرَّةِ البَالِغَةِ وَيُعَزَّرُ لِغَيْرِهَا».

قال الماوردي: أما حد القذف فهو من حقوق الآدميين الموروثة، وقال أبو حنيفة: هو من حقوق الله التي تسقط بالموت ولا تورث استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه حد لا يرجع إلى مال فأشبه حد الزنا: ولأن حد الزنا والقذف متقابلان لتنافي اجتماعهما في القاذف والمقذوف، ثم كان حد الزنا من حقوق الله تعالى التي لا تورث فكذلك حد القذف.

ودليلنا: هو أنه حق على البدن إذا ثبت باعترافه لم يسقط برجوعه فوجب أن

يكون من حقوق الآدميين الموروثة كالقصاص؛ ولأنه حق لا يستوفيه الإمام إلا بالمطالبة فوجب أن يكون موروثاً كالأموال، ولأنه لو قذفت أمة بعد موتها وجب له الحد على قاذفها، وقذفها في الحياة أغلظ فكان بأن يستحق بعد الموت أجدر.

فأما الجواب عن استدلاله بأنه لا يرجع إلى مال، فهو أن الحقوق تتنوع فتكون تارة في مال، وتارة على بدن، ولو اختص الآدميين بالمال دون البدن لاختص حق الله تعالى بالبدن دون المال، وحقوق الله تعالى تجمع الأموال والأبدان، فكذلك حقوق الآدميين، وإن كان الكلام معه في أنه من حقوق الآدميين قد مضى.

وأما الجواب عن قوله: أنه في مقابلة الزنا لتنافي اجتماعهما، فهو أن تنافي اجتماعهما يوجب تنافي حكمهما ولا يوجب تساويه، وعلى أن أبا حنيفة قد ناقض في الجمع بينهما حيث أسقط حد الزنا بموت الزاني، وأسقط القذف بموت المقذوف، وحقوق الله تعالى تسقط بموت من وجبت عليه ولا تسقط بموت غيره.

فصل: وإذا تقرر أنه من حقوق الآدميين الموروثة فقد اختلف أصحابنا في مستحق ميراثه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يستحق جميع الورثة بالأنساب والأسباب من الذكوروالإناث كالأموال.

والوجه الثاني: أنه يستحقه الورثة بالأنساب من الذكور والإناث دون الورثة بالأسباب كالزوج والزوجة، لارتفاع سبب الزوج والزوجة بعد الموت فصارا بانقطاع السبب كالأجانب.

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه يستحقه ذكور العصبات دون إناثهم، لأنهم أخص بدخول العار عليهم، كما يختصون لأجل ذلك بالولاية على النكاح.

فصل: فإذا ورثه من ذكرنا: استحقوه على الاجتماع والانفراد، بخلاف القصاص المستحق بين الورثة على الاجتماع دون الانفراد وأنه لا يجوز لحاضر مطالب أن يقبض وله شريك غائب أو قد عفى ويجوز لوارث حد القذف إذا كان له شريك غائب أو قد عفى أن ينفرد باستيفاء الحد كله لنفي المعرة عن نفسه ولا يتبعض الحد بقدر ميراثه.

وقال أبو الحسن بن القطان: حد القذف يتبعض فيستوفي منه بقدر ميراثه ولا يستوفي جميعه، وهذا خطأ؛ لأن نفي المعرة إنما يكون بحد مقدر فامتنع تبعيضه.

فصل: وأما الأمة المقذوفة إذا ماتت، ففيه وجهان:

أحدهما: أن موتها مسقط للتعزير عن قاذفها، لأن الأمة لا تورث، وإنما ينتقل مالها إلى سيدها بالملك دون الإرث، لأنه يملكه في الحياة وبعد الموت، وليس التعزير ما لا يملكه في حالة الحياة ولا بعد الموت.

والوجه الثاني: أنه مستحق بالموت كالحد في حق الحرة، فعلى هذا في مستحقه بعد موتها وجهان:

أحدهما: سيدها، لأنه أحق بمالها.

والثاني: الأحرار من عصبتها، لأنه موضوع لنفي العار المختص بهم دون السيد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ التَعَنَ وَأَبَيْنَ اللِّعَانَ فَعَلَى الحُرَّةِ البَالِغَةِ الحَدُّ وَالمَمْلُوكَةِ نِصْفُ الحَدِّ وَنَفْيُ نِصْف سَنَةٍ وَلاَ لِعَانَ عَلَى الصَبِيَّةِ لأَنَّهُ لاَ حَدَّ عَلَيْهَا».

قال الماوردي: كما قال: إذا تزوج الحر أربع زوجات، إحداهن حرة مسلمة، والثانية حرة كتابية، والثالثة أمة مسلمة والرابعة صغيرة بالغة، وقذفهن بالزنا، فالكلام في ذلك يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في حكم قذفه لهن.

والثاني: في حكم لعانه منهن.

والثالث: في حكمهن إذا لاعن منهن.

فأما الفصل الأول في حكم القذف لهن فعليه الحد بقذف الحرة المسلمة لكمالها وعليه التعزير في قذف الكتابية، والأمة والصغيرة لنقصهن، وأما الفصل الثاني في اللعان منهن، فله أن يلتعن من الحرة المسلمة إجماعاً، ليسقط الحد عن نفسه بالتعانه، وله عندنا أن يلتعن من الكتابية والأمة ليسقط التعزير عن نفسه بالتعانة.

وقال أبو حنيفة: ليس له أن يلتعن منهما إذا لم يكونا من أهل الشهادة ولم يكمل الحد في قذفهما وقد مضى الكلام معه.

وأما الصغيرة: فلها حالتان:

إحداهما: أن تكون ممن لا يجامع مثلها لصغرها، كالتي لها سنة، فلا يكون رميها بالزنا قذفاً، لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، وقذف هذه كذب محض لا يحتمل الصدق فكان سباً ولم يكن قذفاً، فكان التعزير المستحق فيه تعزير سب ولم يكن تعزير

قذف، وليس للزوج أن يلاعن منه، لأن السب لا لعان فيه، وإنما اللعان في القذف، وإذا كان كذلك ففي تعزيره عليه قبل بلوغها وجهان:

أحدهما: لا يعزر حتى تبلغ فتطالب.

والثاني: يعزر قبل بلوغها لأن تعزير القذف حد موقوف على بلوغها وتعزير السب أدب يجوز استيفاؤه قبل بلوغها فعلى هذا فيه وجهان:

أحدهما: أنه موقوف الاستيفاء على المطالبة من الولي لقيامه بحقوقها.

والثاني: أنه موكول إلى الإمام في استيفائه لقيامه بالمصالح.

والحال الثانية: أن يكون مثلها ممن تجامع، لأنها ابنه سبع أو ثمان، فيكون رميها بالزنا قذفاً لاحتماله الصدق والكذب ويكون التعزير فيه بدلاً من حد الكبيرة، ويكون موقوفاً على بلوغها لتكون هي المطالبة به فيعزر لها إلا أن يلتعن منها، فإن أراد أن يلتعن منها قبل بلوغها ففي جواز لعانه وجهان مضيا.

فصل: وأما الفصل الثالث: في حكمهن بعد لعانه منهن، فعلى الحرة المسلمة والكتابية حد الزنا إن لم تلاعن، فإن كانت بكراً فجلد مائة وتغريب عام، وإن كانت محصنة فالرجم فأما الأمة فلا رجم عليها، وعليها نصف الحد خمسون جلدة، وفي تغريبها قولان:

أحدهما: لا تغريب عليها لما فيه من الإضرار بسيدها.

والقول الثاني: تغرب، وفي قدر تغريبها قولان:

أحدهما: عام كامل كالحرة.

والثاني: نصف عام. كما عليها نصف الجلد، وفي نفقتها مدة تغريبها وجهان:

أحدهما: في بيت المال لمنع سيدها منها.

والثاني: على سيدها لأنه يملك استخدامها بعد تغريبها.

وأما الصغيرة فلا حد عليها لارتفاع القلم عنها، وهل لها إذا بلغت أن تلاعن بعد لعانه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس لها أن تلاعن، لأنه لم يجب عليها بلعان الزوج حد فيسقط بلعانها.

والوجه الثاني: لها أن تلاعن لتنفي بلعانها المعرة عن نفسها، وهذا شرح مذهبنا في وجوب حد الزنا على الزوجة بلعان الزوج ما لم تلاعن

وقال أبو حنيفة الواجب عليها اللعان دون الحد، فإن امتنعت عن اللعان حبست حتى تلاعن، ولم تحد استدلالاً برواية عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث خصال، كفر بعد إيمانه، أو زنا بعد إحصان، أو قتل بغير نفس» فمنع هذا الخبر من قتلها بغير هذه الثلاث خصال.

ووجوب الحد عليها بلعان الزوج مفضي إلى قتلها إن كانت محصنة، وفيه إثبات ما نفاه الخبر، ولأنه قول لا يجب به الحد على غير الزوجة فوجب أن لا يجب به حد على الزوجة كالأيمان طرداً والشهادة عكساً، قالوا ولأن اللعان عند الشافعي يمين، وهو لا يحكم بالنكول عليها، وفي حدها إن امتنعت من اللعان حكم عليها بالنكول، وهذا تناقض في القول.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿**ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين**﴾ [النور: ٨] وذكر العذاب بالألف واللام يوجب حمله على جنس، أو معهود فلم يجز حمله على جنس العذاب، لأنه لا يجب، فوجب حمله على المعهود وهو الحد لقوله تعالى: ﴿**أو ليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾]النور: ٢].

فإن قيل فالجنس معهود في عذاب من امتنع من الحقوق.

قلنا: لا يصح حمله على الجنس من وجهين:

أحدهما: أن الجنس لم يسم في عرف الشرع عذاباً وقد سمي الحد عذاباً، قال تعالى: ﴿**فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب**﴾ [النساء: ٢٥] يعني الحد، فكان حمله على عرف الشرع أولى.

والثاني: أن الله تعالى جعل لعانها يدرأ عنها العذاب الواجب بلعان الزوج، والجنس لم يجب بلعان الزوج، وإنما وجب بامتناعها، فلم يجز حمله عليه، ولأن ما خرج به الزوج من قذفه جاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة، ولأن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه كالجنس، ولأنها أحد الزوجين فوجب أن يدرأ بلعانها الحد كالزوج، ولأن من حلف على شيء استفيد صدقه فيه كالمتلاعنين، ولأن لعان الزوج يتضمن إثبات الزنا ونفي الولد، فلما تعلق بلعانه نفي الولد وجب أن يتعلق به ثبوت الزنا. لأنه أحد مقصودي اللعان، وثبوت الزنا منها يوجب الحد عليها.

وأما الجواب عن استدلاله بالخير فنحن نقول بموجبه، لأنه تضمن قتلها بزناها بعد إحصانها وبذلك تقتل لا بغيره. وأما قوله إن ما لا يجب به الحد على غير الزوجة لا يجب به الحد على الزوجة فلا يجوز أن يعتبر في اللعان حكم الزوجة بغيرها

لاختصاص اللعان بالأزواج، ثم المعنى في الأيمان مباينتها للعان في نفي النسب فتباينها في وجوب الحد.

وأما قولهم أن حدها حكم عليها بالنكول الذي لا يراه الشافعي فليس بصحيح؛ لأننا نحدها بلعان الزوج لا بنكولها عن اللعان، لأن لعانها يسقط عنها الحد بعد وجوبه.

فصل: فإذا ثبت أن وقوع الفرقة بينهما بلعان الزوج فعليها العدة سواء لاعنت أو حدت إذا كانت مدخولاً بها، ولها السكنى زمان عدتها، ولا نفقة لها إن كانت حائلاً، فأما إن كانت حاملاً نظر، فإن نفى حملها بلعان فلا نفقة لها، وإن لم ينفه فلها النفقة كحمل المبتوتة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أُجْبِرُ الذِّمِّيَّةَ عَلَى اللِّعَانِ إِلاَّ أَنْ تَرْغَبَ فِي حُكْمِنَا فَتَلْتَعِن فَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ حَدَدْنَاهَا إِنْ ثَبَتَتْ عَلَى الرِّضَا بِحُكْمِنا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْلَى بِهِ أَنْ يَحُدَّهَا لأَنَّهَا رَضِيَتْ وَلَزِمَهَا حُكْمُنَا وَلَوْ كَانَ الحُكْم إِذَا بُتَّ عَلَيْهَا فَأَبَتِ الرِّضَا بِهِ سَقَطَ عَنْهَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهَا حُكْمَنَا أَبَداً لأَنَّهَا تَقْدِرُ إِذَا لَزِمَهَا بِالحُكْمِ مَا تَكْرَهُ أَنْ لاَ تُقِيمَ عَلَى الرِّضَا وَلَوْ قَدَرَ اللَّذَانِ حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِمَا بِالرَّجْمِ مِنَ اليَهُودِ عَلَى أَنْ لاَ يَرْجُمَهُمَا بِتَرْكِ الرِّضَا لَفَعَلاَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالى (وقال) فِي الإِمْلاَءِ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلاَقِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ إِنْ أَبَتْ أَنْ تُلاَعِنَ حَدَدْنَاهَا».

قال الماوردي: إذا قذف الذمي زوجته ثم ترافعا إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما جبراً قولان:

أحدهما: يجب عليه أن يحكم بينهما وعليهما إذا حكم أن يلتزما حكمه لقوله تعالى: **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾** [المائدة: ٤٩].

والقول الثاني: أنه مخير بينهم في الحكم، وهم إذا حكم بينهم مخيرون في الالتزام لقوله تعالى: **﴿فإن جاؤك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾** [المائدة: ٤٤] فإن أوجبنا عليه أن يحكم، أو قلنا أنه مخير فحكم، كان عليه التعزير إن اعترف بالقذف، وكان تعزير قذف لأنه يحتمل الصدق والكذب، ولم يجب عليه الحد لنقصها بالكفر وإن ساواها فيه وله إسقاطه باللعان، فإذا التعن سقط تعزير القذف ووجب عليها حد الزنا إن لم تلتعن وهو الحد الكامل، جلد مائة وتغريب عام إن كانت بكراً. والرجم إن كانت ثيباً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مَحْدُودَةً فِي زِناًفَقَذَفُهَا بذلك الزِّنَا أَوْ بِزِناً كَانَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ عُزِّرَ إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ وَلَمْ يَلْتَعِن».

قال الماوردي: اعلم أن المحدودة في الزنا لا حد على قاذفها سواء كان زوجاً أو أجنبياً وسواء حدت بإقرارها أو ببينة شهدت عليها لثبوت ما قذفت به من الزنا فصار القذف صدقاً وخرج عن أن يحتمل الصدق والكذب، ولأن حد القذف لدخول المعرة وهتك الحصانة، والمحدودة قد دخلت المعرة عليها بالزنا دون القذف، وارتفعت به حصانتها فسقط الحد في قذفها وهكذا لو تقدم القذف ثم قامت عليها بينة بالزنا، لم يحد قاذفها، لثبوت زناها بالبينة، سواء حدت بها أو لم تحد وسواء أقامها القاذف أو غيره، وإذا لم يجب على قاذفها حد عزر، وكان تعزير سب وأذى لا تعزير قذف لتحقق القذف بالبينة، فإن كان القاذف زوجاً وأراد أن يلتعن فالذي رواه المزني هاهنا: عزر إن طلبت ذلك ولم يلتعن، وروى الربيع في كتاب «الأم» عزر إن طلبت ذلك أو يلتعن فرواية المزني تمنع من اللعان، ورواية الربيع تجوزه فاختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق:

أحدها: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي، وأبي حامد المروزي أن الربيع وهم في روايته، ورواية المزني هي الصحيحة فلا يجوز أن يلتعن لأمرين:

أحدهما: أن اللعان يراد لتصديق القذف وقد ثبت صدقه بالبينة فسقط حكم اللعان.

والثاني: أن اللعان موضوع لرفع ما أوجبه القذف وهو تعزير سب لا تعزير قذف.

والطريقة الثانية: طريقة أبي القاسم الداركي، وأبي الحسن بن القطان تصحيح الروايتين وتخريجهما على قولين:

أحدهما: لا يلتعن على ما رواه المزني ووجه ما ذكرناه.

والقول الثاني: يلتعن على ما رواه الربيع، لأنه أجاز تحقيق قذفه بالالتعان إذا لم تكن بينة، فأولى أن يحققه بالالتعان مع موافقة البينة لأنه أثبت لصدقه وأنفى لكذبه.

والطريقة الثالثة: أن اختلاف الروايتين محمول على اختلاف حالين: فرواية المزني في منعه من الالتعان محمولة على أنه قذفها بزنا كان قبل زوجيته، لأنه لم يملك إسقاط حده باللعان، فكذلك التعزير ورواية الربيع في أنه يلاعن أراد به إذا قذف بزنا أضافه إلى الزوجية وأقام على ذلك بينة ثم أعاد القذف بذلك الزنا فعليه التعزير وله إسقاطه باللعان والذي أراه أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه. وأن

رواية المزني تحمل في منعه من اللعان إذا لم ينف به ولداً، ورواية الربيع في جواز الالتعان إذا أراد أن ينفي به ولداً، ولأن الولد لا ينتفي إلا باللعان ولا سبيل إليه بهذا القذف وإن سقط حده بالبينة فلذلك جوز له.

فصل: فأما إذا قذفها والتعن منها وامتنعت بعده من اللعان فحدت ثم قذفها الزوج بالزنا ثانية لم يحد لها، لأن لعانه منها كالبينة في حدها وثبوت صدقه، ويعزر تعزير السب والأذى، وليس له إسقاطه باللعان قولاً واحداً، ولو قذفها أجنبي بالزنا حد لها وإن لم يحد الزوج وكان لعانه منها كالبينة المسقطة لحصانتها في حقه لا في حقوق الأجانب.

وقال أبو حنيفة: إن لم ينف زوجها باللعان ولداً أو نفاه وقد مات فلا حد على الأجنبي في قذفها، وإن نفى به ولداً باقياً فعليه الحد، فوافق في حده مع بقاء الولد المنفي، وخالف فيه مع عدمه، وجعل لعان الزوج مسقطاً لحصانتها في حقه وحقوق الأجانب كالبينة وهذا غير صحيح لرواية عكرمة عن ابن عباس قال: فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وقضى بأن لا يدعى ولدها لأب، ولا ترمى ولا ولدها، فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد فكان على عمومه، لأنها حدت لامتناعها عن اللعان فلم تسقط حصانتها مع الأجانب كما لو كان ولدها المنفي باقياً، والفصل بين الزوج والأجنبي في اللعان والتسوية بينهما في البينة، أن البينة حجة عامة فسقطت مع عموم الناس واللعان حجة خاصة فسقطت به حصانتها مع الأزواج لا من جميع الناس.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ قَذَفَهَا فَجَاءَتْ بِشَاهِدَيْنِ لَاعَنَ وَلَيْسَ جُحُودُهُ القَذْفَ إِكْذَاباً لِنَفْسِهِ».

قال الماوردي: هذا كما قال، إذا قامت عليه البينة بالقذف بعد إنكاره، لم يكن إنكاره إكذاباً لنفسه في لعانه، لأنه بالإنكار يقول: لم أقذفها بالزنا وقد تكون زانية وإن لم يقذفها، فلذلك لاعن، ولو أكذب نفسه في إنكاره فقال: ما زنت لم يكن له أن يلاعن بعد قيام البينة عليه بالقذف.

مثال ذلك من الوديعة إذا ادعيت عليه، فإن قال: ليس لك في يدي وديعة، أو لا تستحق معي وديعة، فقامت عليه البينة بأنه قد أودعه فادعى تلفها قبل قوله، لأنه لم يكذب نفسه في الأول، ولو قال: لم تودعني ثم قال بعد قيام البينة عليه بالوديعة قد أودعتني وتلفت لم يقبل قوله؛ لأنه مكذب لنفسه في الأول. كذلك حكم اللعان بعد إنكار القذف لا يكون مكذباً لنفسه بإنكار القدف فلذلك لاعن، واختلف أصحابنا، هل يكون إنكاره إكذاباً للبينة أم لا؟ على وجهين: حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: لا يكون إكذاباً لها كما لا يكون إكذاباً لنفسه، لأنه يقول إن القذف ما احتمل الصدق والكذب، وأنا صادق في أنها زنت، فلم أكن قاذفاً، والشهود قد صدقوا فيما شهدوا به عليّ من قولي أنها زنت، فعلى هذا يجوز أن يلاعنها بعد قيام البينة عليه من غير قذف يستجده.

والوجه الثاني: أن يكون مكذباً للبينة بإنكار القذف لأنها شهدت عليه بقول قد نفاه عن نفسه بإنكاره، وما ذكره من معنى القذف تأويل لا يقبل في حق غيره، فلذلك كان إكذاباً للبينة وإن لم يكن إكذاباً لنفسه فعلى هذا ليس له أن يلاعن بعد قيام البينة إلا بقذف يستجده، وهذا هو فائدة هذين الوجهين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا ثُمَّ بَلَغَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَدٌّ وَلاَ لِعَانٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، قذف الصبي لا يوجب حداً ولا يبيح لعاناً، لأنه وبارتفاع القلم عنه لا يجري عليه حكم، ولا يجب عليه حد ألا ترى أنه لا يجب عليه بالزنا والسرقة حد ولا قطع، فكذلك في القذف، ثم ينظر فإن كان مراهقاً يؤذي قذف مثله عزر أدباً، كما يؤدب في مصالحه، وإن كان طفلاً لا يؤذي قذفه لم يعزر، فلو جاءت زوجته بولد، وهو ابن عشر يجوز أن يولد لمثله لم يكن له أن يلاعن لنفيه بالقذف المتقدم قبل بلوغه حتى يستأنف قذفاً بعد البلوغ، لأنه لم يجر على القذف الأول حكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا فِي عِدَّةٍ يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فِيْهَا فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا قذف الرجعية في العدة فله أن يلاعن منها، لأن الطلاق الرجعي لم يسلب من أحكام الزوجية إلا شيئين:

أحدهما: تحريم الوطء ما لم يراجع.

والثاني: جريانها في الفسخ إن لم يراجع حتى تبين بانقضاء العدة ثم هي فيما عداهما جارية في أحكام الزوجات من وقوع الطلاق، والإيلاء، والظهار والتوارث، ولحوق النسب، وكذلك في اللعان، وبهذا خالفت المبتوتة المسلوبة لأحكام الزوجات، ثم له أن يلاعن قبل الرجعة وبعدها ومن غير رجعة، سواء كانت في العدة، أو قد انقضت، فإن قيل: فهلا وقف حكم اللعان قبل رجعته كما وقفت كفارة الظهار فلم تجب قبل الرجعة؟ ولم يحتسب في مدة الإيلاء ما قبل الرجعة.

قيل: لأن اختلاف المعنى فيهما يوجب وقوع الفرق بينهما، وهو أن اللعان موضوع لرفع المعرة ونفي النسب، وذلك موجود قبل الرجعة كوجوده بعدها، وكفارة الظهار تجب بالعود الذي هو استباحة الوطء، ومدة الإيلاء يعتد بها إذا أمكن الوطء فيها، وذلك لا يكون قبل الرجعة وإنما يكون بعدها، فلذلك افترقا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَانَتْ فَقَذَفَها بِزِناً نَسَبَهُ إِلَى أَنَّهُ كَانَ وَهِيَ زَوْجَتُهُ حُدَّ وَلاَ لعَانَ إِلاَّ أَنْ يَنْفِي بِهِ وَلَداً أَوْ حَمْلاً فَيَلْتَعِن فَإِنْ قِيلَ فَلِمَ لاَعَنْتَ بَيْنَهُمَا وَهِيَ بَائِنٌ إِذَا ظَهَرَ بِهَا حَملٌ؟ قِيْلَ كَمَا أَلْحَقْتُ الوَلَدَ لأَنَّهَا كَانَتْ زَوْجَتُهُ فَكَذَلِكَ لاَعَنْتَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهَا كَانَتْ زَوْجَتَهُ أَلاَ تَرَى أَنَّهَا إِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ بَيْنُونَتِهَا كَهِيَ وَهِيَ تَحْتَهُ وَإِذَا نَفَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الوَلَدَ وَهِيَ زَوْجَةٌ فَإِذَا زَالَ الفِرَاشُ كَانَ الوَلَدُ بَعْدَ مَا تُبِينُ أَوْلَى أَنْ يُنْفَى أَوْ فِي مِثْلِ حَالِهِ قَبْلَ أَنْ تَبينَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا بانت منه زوجته إما بالطلاق الثلاث، وإما بالخلع، وإما بالفسخ، وإما بطلاق رجعي لم يراجع فيه حتى انقضت العدة فصارت بهذه الأمور بائناً، ثم قذفها بزنا نسبة إلى أنه كان منها وهي زوجته فالحد عليه واجب، واختلف الناس في جواز لعانه منها على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: وهو قول عثمان البتي: له أن يلاعن سواء أراد أن ينفي به نسباً أو لم يرد.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة ليس له أن يلاعن، سواء أراد أن ينفي به نسباً أو لم يرد. وبه قال الأوزاعي، وأحمد بن حنبل،

والمذهب الثالث: وهو قول الشافعي إن أراد أن ينفي به نسباً كان له أن يلاعن، وإن لم يرد أن ينفي به نسباً لم يكن له أن يلاعن، فأما عثمان البتي، فاستدل على جواز اللعان في الحالين بأنه قذف مضاف إلى الزوجية فجاز اللعان منه قياساً على نفي النسب، وأما أبو حنيفة فاستدل على منعه من اللعان في الحالين: بأنه قذف صادف أجنبية فلم يجز أن يلاعن منه كالحائل.

والدليل على ما قاله الشافعي من جوازه لنفي النسب والمنع منه في عدمه، أن اللعان موضوع للضرورة الداعية إليه في إحدى حالتين، إما لمعرة بزناها في نكاحه، وإما لنفي نسب من لا يلحق به.

والثاني: قد زال عارها عنه، ولم ينف ولدها عنه، فلذلك جاز أن يلاعن مع وجود النسب للضرورة الداعية إلى نفيه ولم يجز أن يلاعن مع عدم النسب لزوال

معرتها عنه بالفرقة، وهذا دليل عليهما وانفصال عن استدلالهما، ثم يدل على البتي خاصة في عدم النسب أنه قذف لم يحتج إليه فلا تلاعن منه كالأجنبية، ويدل على أبي حنيفة خاصة مع وجود النسب أنه قذف اضطر إليه فجاز أن يلاعن منه كما لو كانت زوجه لأن ولدها يلحق به بعد الفرقة كما يلحق به قبلها. فإن قيل يفسد بأم الولد لا يجوز أن يلاعن منها وإن اضطر إلى نفي نسب ولدها قيل يقدر على نفي نسبه بغير اللعان وهو دعوى الاستبراء فلم يضطر إلى اللعان بخلاف الزوج.

فصل: فإذا تقرر جواز لعانه من ذات الولد المناسب خاصة لم يخل حال النسب اللاحق من أن يكون ولداً منفصلاً أو حملاً متصلاً، فإن كان ولداً قد وضعته جاز أن يلاعن لنفيه وسقط عنه الحد بلعانه، وإن كان حملاً متصلاً لم تضعه ففي جواز لعانه منها قبل وضعه قولان:

أحدهما: وهو الذي نقله المزني في هذا الموضع واختاره أبو إسحاق المروزي أن له أن يلاعن من حملها كما يلاعن من ولدها، لأن من لاعن من ذات الولد لاعن من ذات الحمل كالزوج، ولأنه ربما مات قبل وضعها فلم يقدر الورثة على لعانها.

والقول الثاني: نقله المزني في «جامعه الكبير» أنه لا يجوز أن يلاعن من حملها حتى تضع لجواز أن يكون غلظاً أو ريحاً، فإن وضعته لاعن منه، وسقط عنه الحد، وإن انفشي حد ولم يلاعن، واختلف أصحابنا في بناء هذين القولين على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه مبني على اختلاف قولي الشافعي في الحمل هل يكون متحققاً تستحق به تعجيل النفقة قبل وضعه، أو يكون مظنوناً لا تستحق النفقة إلا بعد وضعه.

والوجه الثاني: أنه مبني على اختلاف قولي الشافعي في الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن أو يكون تبعاً.

فصل: فإذا لاعن من المبتوتة لنفي النسب فقد اختلف أصحابنا، هل يثبت بلعانه التحريم المؤبد لأنه لا نص فيه للشافعي ـ على وجهين: حكاهما أبو إسحاق المروزي وكذلك الموطوءة بشبهه إذا لاعن من ولدها.

أحد الوجهين: أنها تحرم به على التأبيد كالمنكوحة لاشتراكهما في نفي النسب وسقوط الحد.

والوجه الثاني: أنها لا تحرم على التأبيد، لأن تحريم التأبيد تابع لوقوع الفرقة، وهذا اللعان لم تقع به الفرقة فلم يثبت به تحريم الأبد، فعلى هذا يجري عليه حكم الطلاق الثلاث حتى لا تحل له إلا بعد زوج أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها لا تحل إلا بعد زوج ليكمل به عدد الطلاق المتقدم لأنه أضعف أحوال اللعان أن يكون كالطلاق.

والوجه الثاني: أنها تحل له قبل زوج إذا لم يستكمل الثلاث بطلاقه المتقدم لأن هذا اللعان لم يؤثر في الفرقة، فلم يؤثر في التحريم، ولو أثر لكان تأثير في تحريم التأبيد أولى.

فصل: فأما إذا قذف زوجته في حال نكاحها بزنا نسبه إلى أنه كان منها قبل نكاحها، فقال: زنيت قبل أن أتزوجك فقد اختلف الفقهاء في جواز لعانه على وجهين: بناء على خلافهم في جواز لعانه بعد الفرقة، فذهب أبو حنيفة: إلى جواز لعانه اعتباراً بحال القذف؛ لأنه قذفها وهي زوجة لذلك منع من جواز اللعان بعد الفرقة، وذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز أن يلاعن اعتباراً بحال الزنا، وأنها كانت غير زوجته ولذلك جوز اللعان بعد الفرقة فاعتبر الشافعي باللعان حال الزنا دون القذف، واعتبر أبو حنيفة حال القذف دون الزنا استدلالاً بقوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور: ٦] فجاز أن يلتعن كل قاذف لزوجته، ولأنه قاذف لزوجته فجاز لعانه كالزنا في الزوجية، قال: ولأنه لما جاز أن يلاعن من الزنا الحادث في نكاحه لئلا يلتحق به ولد الزنا جاز في الزنا المتقدم أن يلاعن لهذا المعنى.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات**﴾ [النور: ٤] الآية، وهذا في الزنا الذي رميت به أجنبية فحد ولم يلتعن، ولأنه قذف بزنا هي فيه أجنبية منه فلم يجز أن يلاعن به كما لو لم يتزوجها، ولأن أصول الشرع مستقرة على أن حد القذف معتبر بحال الزنا لا بحال القذف. ألا ترى لو قال لمعتق: زنيت قبل عتقك، ولبالغ: زنيت قبل بلوغك، ولمسلم: زنيت قبل إسلامك، لم يحد القاذف اعتباراً بحال الزنا دون حال القذف، وكذلك في اللعان بالقذف فأما الاستدلال بالآية ففيما ذكرناه من الاعتبار بحال الزنا دون القذف دليل على أنه قاذف بالزنا لغير زوجته فلم يكن فيها دليل.

وأما قياسهم على الزوجية، فالمعنى في الزوجة ضرورته إلى قذفها لرفع المعرة، ونفي النسب وليس كذلك هذه، لأنه لا معرة عليه، ولا ضرر يلحقه فيما لم يكن في نكاحه.

وأما قولهم: أنه قد يلحق به ولدها من الزنا المتقدم إذا وضعته لستة أشهر من وقت عقده فاضطر إلى قذفها والتعانه منها، فقد اختلف أصحابنا في جواز التعانه منها إن كانت ذات ولد على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجوز حينئذ للضرورة أن يلاعن لأنه

إذا جاز أن ينفي نسب بزنا كان على فراشه فأولى أن ينفيه بزنا كان قبل نكاحه. ولا سبيل إلى نفيه إلا بقذفها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز أن يلاعن منها إن كانت ذات ولد كما لا يجوز أن يلاعن منها وإن خلت من ولد، لأنه زنا من أجنبية، ولا ضرورة به إليه، وإن كانت ذات ولد، لأنه قد يمكن أن يقذفها بزنا مطلق فيلاعن منه ولا ينسبه إلى ما قبل الزوجية فيمنعه من اللعان والله أعلم

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَصَابَكِ رَجُلٌ فِي دُبُرِكِ حُدَّ أَوْ لَاعَنَ».

قال الماوردي: قال أبو حنيفة: لا حد عليه ولا لعان، وبنى ذلك على أصله في أنه الإتيان في الدبر لا يوجب الحد عنده، فلم يوجبه في القذف به.

وقال المزني: يجب في فعله وفي القذف به الحد ولا يجوز فيه اللعان؛ لأنه لا يحبلها بمائه ولا يقدح في نسبه، فصار كالواطىء دون الفرج، وهذا خطأ.

والدليل على وجوب الحد على فاعله رواية ابن عباس: أن النبي ﷺ، قال: «من عمل عمل قوم لوط فاقتلوه» ولأنه أحد الفرجين فجاز أن يجب بالإيلاج فيه الحد كالقبل.

والدليل على وجوب حد القذف في الرمي به، أنه إيلاج يوجب الحد فوجب أن يتعلق بالقذف به وجوب الحد كالقبل، ولأن فعله أقبح والمعرة به أفضح، والدليل على جواز اللعان فيه عموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ ولأنه قذف يجب به الحد، فجاز فيه اللعان كالقبل، فإذا لاعن به سقط الحد عنه وثبت التحريم به، وفي جواز نفي الولد، به وجهان حكاهما ابن سراقة:

أحدهما: لا يجوز أن ينفيه لاستحاله العلوق منه.

والثاني: يجوز أن ينفيه لأنه قد يحتمل أن يسبق الإنزال فيستدخله الفرج فيعلق به.

فصل: فأما إذا قذفها بسحاق النساء فلا حد فيه ولا لعان منه، لأن فعله يوجب التعزير دون الحد، فكذلك القذف به يوجب التعزير دون الحد، ولو قال لها: وطئك رجلان في حال واحدة عزر ولم يحد لاستحالته فصار كذباً صريحاً، وخرج عن القذف المحتمل للصدق والكذب، واختص التعزير للأذى ولم يجر فيه اللعان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةُ بِنْتَ الزَّانِيَة وَأُمُّهَا

حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ فَطَلَبَتْ حَدَّ أُمِّهَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهَا وَحُدَّ لأَنَّهَا إِذَا طَلَبَتْهُ أَوْ وَكِيلُهَا وَالْتَعَنَ لامْرَأَتِهِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حُبِسَ حَتَّى يَبْرَأَ جِلْدَهُ فَإِذَا بَرَأَ حُدَّ إِلاَّ أَنْ يَلْتَعِنَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لأنه يصير بقوله: يا زانية بنت الزانية قاذفاً لها ولأمها بلفظين فقوله: يا زانية، هو قذف لزوجته وليس فيه قذف لأمها.

وقوله: بنت الزانية هو قذف لأمها وليس فيه قذف لها، فوجب عليه لها حدان لا تعلق لواحد منهما بالآخر وجعله أهل العراق قذفاً واحداً وأوجبوا فيه حداً واحداً، وأجري مجرى قوله لهما يا زانيتين، فجمعوا بين قذفهما بلفظه واحدة، وبين قذفهما بلفظتين في الاقتصار على حد واحد، وعلى مذهب الشافعي: أنه متى قذفهما بلفظين وجب عليه حدان، وإن قذفهما بلفظة واحدة، ففيه قولان:

أحدهما: ـ وهو قوله في القديم ـ: يجب عليه حد واحد كقول أهل العراق، لأن لفظة القذف واحدة.

والقول الثاني: ـ قوله في الجديد ـ: يجب عليه حدان، لأن المقذوف اثنتان وفيما ذكرناه من تعليل هذا الشرح إبطال لقول أهل العراق، وإذا تقرر عليه بهذين القذفين حدان أحدهما لزوجته، والآخر لأمها فحد الأم يسقط عنه بأحد أمرين، إما بإقرارها بالزنا، وإما بأن يقيم البينة عليها بالزنا، وحد الزوجة يسقط عنه بأحد ثلاثة أمور: إما بإقرارها، وإما بالبينة، وإما باللعان، فإن سقط الحدان عنه بإقرار أو ببينة برىء من حقهما، وإن سقط أحدهما ثبت حق الاخر، وإن لم يسقط واحد منهما بإقرار ولا ببينة واجتمع الحدان عليه فلهما إذا كان القاذف مطالباً ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون الزوجة حاضرة وأمها غائبة فيحد للبنت إلا أن يلتعن، ولا يقف على حضور الأم، فإذا حضرت الأم حد لها، وعلى قول أهل العراق إن حد للزوجة لم يحد للأم، لأنهم يوجبون حداً واحداً، وإن التعن من الزوجة حد للأم.

والحال الثانية: أن تكون الأم حاضرة، والزوجة غائبة، فيحد للأم، ولا يقف حدها على حضور الزوجة فإذا حضرت حد لها إلا أن يلتعن منها، وعلى قول أهل العراق لا يحد لها ولا يلتعن منها، لأن الحد عندهم واحد فلم يوجبوا ثانياً وقد صار مجلوداً في حد فلم يجز عندهم أن يلاعن.

والحال الثالثة: أن تكونا حاضرتين مطالبتين فمذهب الشافعي أن الأم تقدم في المطالبة بحقها على البنت لأمرين:

أحدهما: لقوه حقها، لأن وجوب الحد بقذفها متفق عليه، ووجوبه لبنتها وهي زوجته مختلف فيه.

والثاني: أنه ليس من الحد لها مخرج، وله من وجوب الحد لزوجته مخرج باللعان فصارت بهذين أحق بالتقدم، وقال أبو علي بن خيران: تقدم مطالبة الزوجة على مطالبة أمها، ولهذا القول عندي وجه، لأنه قدم قذف الزوجة على قذف أمها في قوله يا زانية بنت الزانية فصارت لتقدم قذفها أحق بالتقدم، فإن قدمت الأم في المطالبة فحد لها ثم طالبته البنت، فإن أجاب في مطالبتها إلى اللعان التعن منها لوقته، وإن لم يجب إلى اللعان حبس ولم يجلد لوقته حتى يبرأ جلده ثم يحد لها ولا يوالي عليه بين حدين فيفضي إلى التلف، وهكذا لو قدمت الزوجة في المطالبة فإن التعن منها حد للأم لوقته، وإن حد للزوجة ولم يلتعن منها لم يحد في وقته للأم، وحبس لها حتى يبرأ جلده ثم يحد لئلا يوالى عليه بين حدين فإن قيل أفليس لو قطع يمين يد من رجل، ويسرى يد من آخر، اقتصصنا من يمناه ويسراه لوقته، وجمعنا عليه بين قصاصين وإن أفضى إلى تلفه، فهلا كان في الحد كذلك؟ قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الحد مقدر بالشرع، فوجب الوقوف عليه لئلا يختلط بزيادة، والقصاص مقدر بالجناية فجاز الجمع بينهما لأنه لا يختلط بزيادة.

والثاني: أنه جمع بين القصاصين لأنهما قد يجتمعان في حق شخص واحد، ولم يجمع بين الحدين، لأنهما لا يجتمعان في حق شخص واحد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَتَى أَبَى اللِّعَانَ فَحَدَدْتُهُ إِلاَّ سَوْطاً ثُمَّ قَالَ أَنَا أَلْتَعِنُ قَبِلْتُ رُجُوعَهُ وَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيمَا مَضَى مِنَ الضَّرْبِ كَمَا يَقْذِفُ الأَجْنَبِيَّةَ وَيَقُولُ لاَ آتِي بِشُهُودٍ فَيُضْرَبُ بَعْضَ الحَدِّ ثُمَّ يَقُولُ: أَنَا آتِي بِهِمْ فَيَكُونُ ذَلِكَ لَهُ وَكَذَلِكَ المَرْأَةُ إِذَا لَمْ تَلْتَعِنْ فَضُرِبَتْ بَعْضَ الحَدِّ ثُمَّ تَقُولُ أَنَا أَلْتَعِنُ قَبِلْنَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا امتنع الزوج بعد قذفه من اللعان فحد بعض الحد أو أكثره إلا سوطاً ثم أجاب إلى اللعان كان له أن يلتعن وهكذا الزوجة إذا لاعنها وامتنعت من اللعان بعده فحدث بعض الحد ثم أجابت إلى اللعان جاز لها أن تلتعن، وحكى بعض أصحاب الخلاف عن أبي حنيفة أنه متى أجاب الزوج إلى اللعان بعد الشروع في حده لم يجب إليه، واستوفى، وكذلك الزوجة، وهذا مخالف لأصله لأنه لا يوجب بقذف الزوج حداً عليه، ويحبسه حتى يلاعن، ولا يوجب بلعانه حداً عليها ويحبسها حتى تلاعن فإن كان هذا المحكى عنه مذهباً له ناقض أصله، وإن لم يكن مذهباً له فنستدل على فساده لجواز أن يكون مذهباً لغيره.

والدليل على جواز اللعان بعد الشروع في الحد، شيئان:

أحدهما: أن اللعان في إدراء الحد كالبينة، ثم ثبت أن بينته تقبل بعد الشروع في حده، فكذلك التعانه يقبل.

والثاني: أنه لما جاز أن يسقط باللعان جميع الحد، كان إسقاطه بعض الحد به أولى فإن قيل: فاللعان عندكم يمين واليمين إذا نكل عنها المدعى عليه ثم أجاب إليها بعد ردها على المدعي لم يجيز أن تعاد إليه فهلا كان اللعان بعد النكول عنه كذلك؟

قيل الفرق بينهما أن اليمين حجة للمدعى عليه فإذا نكل عنها المدعى عليه صارت حجه للمدعي، فلم يجيز أن تعاد إليه، واللعان حق له لا ينتقل عنه فإذا أجاب إليه بعد امتناعه أجيب إليه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ قَائِلٌ كَيْفَ لَاعَنْتَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْكُوحَةٍ نِكَاحاً فَاسِداً بِوَلَدٍ وَاللَّهُ يَقُولُ ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فَقُلْتُ لَهُ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرِ» فَلَمْ يَخْتَلِفِ المُسْلِمُونَ أَنَّهُ مَالِكُ الإِصَابَةِ بِالنِّكَاحِ الصَحْيحِ أَوْ مَلْكَ اليَمِينَ قَالَ نَعَمْ هَذَا الفِرَاشُ قُلْتُ وَالزِّنَا لَا يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ وَلَا يَكُونُ بِهِ مَهْرٌ وَلَا يُدْرَأُ فِيهِ حَدٌّ؟ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ: فَإِذَا حَدَثَتْ نَازِلَةٌ لَيْسَتْ بِالفِرَاشِ الصَّحِيحِ وَلَا الزِّنَا الصَّرِيحِ وَهُوَ النِّكَاحُ الفَاسِدُ أَلَيْسَ سَبِيلُهَا أَنْ نُقِيسَهَا بِأَقْرَبِ الأَشْيَاءِ بِهَا شَبَهاً؟ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَقَدْ أَشْبَهَ الوَلَدَ عَنْ وَطءٍ بِشُبْهَةِ الوَلَدِ عَنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ فِي إِثْبَاتِ الوَلَدِ وَإِلْزَامِ المَهْرِ وَإِيجَابِ العِدَّةِ فَكَذَلِكَ يَشْتَبِهَانِ فِي النَّفْيِ بِاللِّعَانِ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ لَا يُلاعَنَ إِلَّا حُرَّانِ مُسْلِمَانِ لَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا مَحْدُوداً فِي قَذْفٍ وَتَرَكَ ظَاهِرَ القُرْآنِ وَاعْتَلَّ بِأَنَّ اللِّعَانَ شَهَادَةٌ وَإِنَّمَا هُوَ يَمِينٌ وَلَوْ كَانَ شَهَادَةً مَا جَازَ أَنْ يَشْهَد أَحَدٌ لِنَفْسِهِ وَلَكَانَتْ المَرْأَةُ عَلَى النِّصْفِ مِنْ شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَلَا كَانَ عَلَى شَاهِدٍ يَمِينٌ وَلَمَا جَازَ الْتِعَانُ الفَاسِقِينَ لأَنَّ شَهَادَتَهُمَا لَا تَجُوزُ فَإِنْ قِيلَ قَدْ يَتُوبَانِ فَيَجُوزَانِ قِيلَ فَكَذَلِكَ العَبْدَانِ الصَّالِحَانِ قَدْ يُعْتَقَانِ فَيَجُوزَانِ مَكَانَهُمَا وَالفَاسِقَانِ لَوْ تَابَا لَمْ يُقْبِلا إِلَّا بَعْدَ طُولِ مُدَّةٍ يُخْتَبَرَانِ فِيهَا فَلَزِمَهُمْ أَنْ يُجِيزُوا لِعَانَ الأَعْمَيَيْنِ النَّحِيفَيْنِ لأَنَّ شَهَادَتَهُمَا عِنْدَهُمْ لَا تَجُوزُ أَبَداً كَمَا لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ المَحْدُودَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قاله، يجوز أن يلاعن من المنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهه إذا أراد أن ينفي بلعانه نسباً ولا يجوز أن يلاعن بينهما إن لم ينفى نسباً.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يلاعن إلا في نكاح صحيح يقع فيه طلاقه ويصح فيه ظهاره، ولا يلاعن في نكاح فاسد، ولا في موطوءة بشبهة وإن كانت ذات نسب يلحقه، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ وليست هذه زوجته، ولأنه قذف من غير زوج فلم يجز فيه اللعان كالأجنبي، ولأن اللعان موضوع للفرقة فلم يصح في النكاح الفاسد كالطلاق ولأن من انتفى عنها أحكام النكاح من الطلاق والظهار، والإيلاء انتفى عنها أحكام اللعان كالأجنبية، وكغير ذات الولد.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾، وهذه في حكم الأزواج في درء الحد، ووجوب المهر ولحوق النسب، فاقتضى أن تكون مثلهن في جواز اللعان، ولأنها ذات فراش لا يقدر على نفي نسبه بغير اللعان، فجاز له نفيه باللعان كالزوجة، وخالفت الأمة التي يقدر على نفي ولدها بالاستبراء، ولأن لحوق النسب في النكاح الصحيح أقوى، لأنه يلحق بالعقد، ولحوقه في النكاح الفاسد أضعف، لأنه لا يلحق إلا بالإصابة، فلما جاز أن ينفي باللعان أقوى السببين كان أن ينفي أضعفهما أولى ولأن المستفاد باللعان شيئان، رفع الفراش ونفي النسب، فلما جاز أن ينفرد برفع الفراش جاز أن ينفرد بنفي النسب؛ لأن ما قدر على رفع شيئين قدر على رفع أحدهما، ولأن أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة، فلما جاز نفي النسب في صحيح المناكح كان نفيه في فاسدها أولى.

فأما الجواب عن الآية فهو ما استدللنا به منها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجنبي بأنه قذف من غير زوج فهو أنه في حكم الأزواج في لحوق النسب، وإن لم يكن زوجاً. فلذلك خالف فيه الأجنبي لاختصاصه بنسب يضطر فيه إلى نفيه بلعان، وأما قياسهم على الطلاق، لأنه موضوع للفرقة، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الطلاق يملك بالعقد فلم يثبت إلا في صحيحه دون فاسده، واللعان يملك بحدوث الزنا، فجاز أن يملك به في صحيح العقد وفاسده.

والثاني: أن الطلاق مختص بالفرقة، والنكاح الفاسد لا يحتاج فيه إلى وقوع الفرقة واللعان موضوع لنفي المعرة، ووقوع الفرقة، ونفي لحوق النسب، فصح فيه اللعان لبقاء سببه، ولهذا المعنى منعناه أن يلاعن من غير ذات ولد النسب لزوال أسبابه كلها.

فصل: فإذا ثبت جواز اللعان في النكاح الفاسد ووطء الشبهة، تعلق بالتعانة فيهما من أحكام اللعان الأربعة حكمان:

أحدهما: درء الحد.

والثاني: نفي النسب، ولا يتعلق به وقوع الفرقة لعدم النكاح، وهل يتعلق به تحريم التأبيد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتأبد تحريمها، لأن التحريم تابع لوقوع الفرقة.

والثاني: يتأبد تحريمها، لأن سقوط بعض أحكام اللعان لا توجد سقوط باقيها، وقد مضى ذكر الوجهين وما يتفرع عليها وبالله التوفيق.

بَابُ أَيْنَ يَكُونَ اللِّعَانُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ لَاعَنَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى المِنْبَرِ قَالَ فَإِذَا لَاعَنَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا فِي مَكَّةَ فَبَيْنَ المَقَامِ وَالبَيْتِ أَوْ بِالمَدِينَةِ فَعَلَى المِنْبَرِ أَوْ بِبَيْتِ فَفِي مَسْجِدِهِ وَكَذَا كُلُّ بَلَدٍ».

قال الماوردي: أما اللعان فلا يصح إلا بحكم حاكم، لأن النبي ﷺ لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته وبين هلال بن أمية وبين زوجته، ولم يكن في أيامه لعان. غير هذين ـ فتولاه بينهما، ولم يرده إليهما ولأن اللعان يمين عندنا ـ وشهادة عند أبي حنيفة، وأيهما كان فلا يثبت به حق إلا بحكم، فإذا ثبت اختصاصه بحكم الحاكم، فاللعان موضوع للزجر حتى لا يقدم المتلاعنان على دعوى كذب وارتكاب محظور، فوجب تغليظه بما يزجر عنه ويمنع منه، وتغليظه يكون بأربعة أشياء: بالتكرار، وبالمكان، وبالزمان، وبالجماعة.

فأما التكرار فهو إعادة لفظه بالشهادة أربع مرات يقول فيها: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويلعن نفسه في الخامسة إن كان من الكاذبين، وتكرر الزوجة شهادتها بالله أنه من الكاذبين أربع مرات، وتأتي في الخامسة بغضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذا مأخوذ من نص القرآن في قوله: ﴿**فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين**﴾ [النور: ٦].

وتكرار هذا العدد مستحق وشرط في صحة اللعان، فإن ترك بعضه وإن قل لم يصح اللعان ولم يتم، ولم يتعلق به حكم، وقال أبو حنيفة: إن ترك أقله جاز، وإن ترك أكثره لم يجز والكلام عليه يأتي، وأما تغليظه بالمكان والزمان والجماعة فهو مشروع يؤمر به المتلاعنان، وقال أبو حنيفة: ليس بمشروع، ولا يستحب ونحن ندل على كل واحد منهما بما يدل على أنه مشروع فأما الدليل على تغليظه بالمكان واختصاصه بأشرف البقاع التي يتوقى فيها الإقدام على الفجور، فرواية ابن عمر أن النبي ﷺ لاعن بين الزوجين على المنبر فدل اختصاصه بالمنبر على تغليظه به لشرفه، ولعظم العقوبة في الإقدام على المعاصي فيه.

وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف يميناً فاجرة على منبري هذا، ولو على سواك من آراك فليتبوأ مقعده من النار»(١) ومر عبد الرحمن بن عوف بقوم يحلفون رجلاً بين البيت والمقام فقال: أفِيَ دَم؟ قيل: لا قال: أفعلى عظيم من المال؟ قيل: لا، قَال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان وإذا تغلظت به الأيمان، فأولى أن تغلظ به في اللعان.

أما تغليظه بالزمان فهو بعد العصر، وقيل: أنه الوقت الذي ترفع فيه الأعمال لقوله تعالى: ﴿**تحبسونهما من بعد الصلاة فَيُقْسِمانِ بالله**﴾ [المائدة: ١٠٦] قيل: أنه أراد بها صلاة العصر وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يكلمهم رَجُلٌ بايع إماماً ثم خانه ورجل حلف بعد العصر يميناً فاجرةً ليقتطع بها مال امرىء مسلم، ورجل فضل عنه ماء بالفلاة فلم يدفعه إلى أخيه» (١).

وأما تغليظه بالجماعة، فهو أن يشهد جماعة أقلهم أربعة، لقوله تعالى: ﴿**وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾ [النور: ٢] والعذاب هو الحد، فكذلك اللعان لتعلقه به، ولأن اللعان رواه أحداث الصحابة، كـابن عباس، وابن عمر وسهل بن سعد الساعدي، ولا يحضر من الأحداث في مجلس الحكم والقضاء إلا مع أضعافهم من ذوي الأسنان، وليكون اجتماع الناس فيه أزجر وأردع وليكونوا حجة إن تناكر المتلاعنان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ وَيَبْدَأُ فَيُقِيمُ الرَّجُلُ قَائِماً وَالمَرْأَةُ جَالِسَةً فَيَلْتَعِنُ ثُمَّ يُقِيمُ المَرْأَةَ قَائِمَةً فَتَلْتَعِنُ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ حَائضاً فَعَلَى بَابِ المَسْجِدِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. الابتداء بلعان الزوج قبل الزوجة مستحق بالشرع وهو شرط في صحته، فإن تقدمت الزوجة بلعانها لم يعتد به.

وقال مالك وأبو حنيفة تقديم الزوج مشروع وليس بمشروط، فإن تقدمت الزوجة جاز، وكان معتداً به. وهذا فاسد، لقوله تعالى: ﴿**ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين**﴾ [النور: ٨] فجعل لعانها إدراء للعذاب عنها وهو الحد عندنا والحبس عند أبي حنيفة، والإدراء عنها يكون لما وجب عليها. واختلف من قال بهذا في النص المخالف على وجهين:

أحدهما: نص التنزيل لما تضمنه من التعليل في إدراء العذاب عنها بعد وجوبه عليها.

---

(١) أخرجه مالك (١١١/٢) وابن حبان وذكره الهيثمي في الموارد (١١٩٢) وأبو داود (٣٢٤٦) وابن ماجه (٢٣٢٥) والحاكم (٢٩٦/٤، ٢٩٧).

(٢) الهيثمي في السنن الكبرى (١٧٦/١٠).

والثاني: نص السنّة في قول النبي ﷺ حين ابتدأ في السعي بالصفا، وقال: «ابدأوا بما بدأ الله به».

فصل: فإذا ثبت تغليظه بهذه الأربعة، انتقل الكلام إلى شرح كل فصل منها، أما تغليظه بتكرار العدد فسنذكر شرحه من بعد، وإما تغليظه بالمكان ففي أشرف مكان في البلد الذي يتلاعنان فيه، فإن كان بمكة فبين المقام والبيت، ويسمى هذا الموضع: الحطيم، قيل: لأنه يحطم العصاة، وإن كان بالمدينة ففي مسجدها

قال الشافعي: ها هنا على المنبر

وقال في موضع آخر: عند المنبر فاختلف أصحابنا على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن الحاكم مخير بين أن يلاعن بينهما على المنبر أو عنده

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يلاعن بينهما على المنبر، لأنه مقام علو وشرف، واللعان نكال وخزي فاختلف مقامهما لتنافيهما، وحمل قول الشافعي على المنبر، أي عنده،ولأنها حروف صفات يخلف بعضها بعضاً

والثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن ذلك على اختلاف حالين، فيلاعن بينهما على المنبر إن كثر الناس، وعند المنبر إن قلوا، لأن المقصود مشاهدة الحاضرين لهما، وسماع لعانهما، وليس يمتنع وإن كان نكالاً أن يكون في مقام شرف كما لا يمتنع أن يكون في البقاع الشريفة ليكون أبلغ في النكال.

وإن كان هذا اللعان في بيت المقدس. كان في مسجدها الأقصى، وفي موضع الاختيار منه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي القاسم الصَّيمري، وأبي الحسن بن القطان، عند الصخرة، لأنها أشرف بقاعه

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني وطائفة: أنه يكون على المنبر أو عنده، لأنه أخص بالشهرة، وإن كان في غير ذلك من البلاد ففي جوامعها، لأنها أشرف بقاع العبادات، ويكون عند المنبر أو عليه على ما مضى، وأما تغليظه بالزمان فمن صلاة العصر، وإقامة جماعتها، ولا يلتعنان بعد دخول وقتها وقبل إقامتهما لقول الله تعالى: ﴿**تحبسونهما من بعد الصلاة**﴾ [المائدة: ١٠٦] ولأن ما بعد الصلاة وقت للدعاء، ولارتفاع الأعمال، وأما تغليظه بالجماعة، فقد ذكرنا أنهم فما زاد اعتباراً بعدد البينة في الزنا ويكونوا عدولاً من أهل الشهادة ليجتمع الأشهاد بحضورهم، والبينة الثانية عند الحاكم بشهادتهم.

فصل: فإذاثبت ما وصفنا من تغليظ اللعان شرعاً بهذه الأربعة فهي في اللزوم والاختيار منقسمة أقسام:

أحدها: ما كان شرطاً مستحقاً فيه لا يتم إلا به، وهو تكرار شهادتهما أربعاً، وفي الخامسة لعنة الله على الزوج وغضب الله على الزوجة

والقسم الثاني: ما كان مستحباً ولم يكن شرطاً مستحقاً وهو شيئان

أحدهما: تغليظه بالزمان، وتغليظه بالجماعة،

والقسم الثالث: اختلف قوله فيه، وهو تغليظه بالمكان، وللشافعي فيه قولان، نصّ عليهما في كتاب «الأم» على ما حكاه أبو حامد الإسفراييني

أحدهما: أنه شرط مستحق لا يتم اللعان إلا به إلحاقاً بتكرار اللفظ

والقول الثاني: أنه مستحب وليس بشرط ولا يؤثر تركه في صحة اللعان وجوازه إلحاقاً بالزمان والجماعة.

فصل: فإذا تقرر وجوب الابتداء بلعان الزوج فينبغي أن يكون بعد حضور الزوجين، لأنه لعان بينهما فأقتضى أن يكون بعد اجتماعهما، وأقل ما في اجتماعهما أن يكون كل واحد منهما بحيث يسمع كلام صاحبه، والأولى أن يراه مع سماع لعانه ليستطيع الإشارة إليه فإن تباعدا عن هذا الموقف فلم ير أحدهما صاحبه ولا سمع كلامه فأولى الأمور بعد أن يكون كل واحد منهما بحيث يجمع أربعة من شهود اللعان بين رؤيتهما وسماع كلامهما، فإن تباعدا عن هذا الموقف الثنائي، وتباعد كل واحد منهما عن رؤية صاحبه وعن جمع الشهود بين رؤيتهما وسماع كلامهما جاز، لأن لعان كل واحد منهما بعد موت صاحبه جائز والموت قاطع للاجتماع، لكن إن بعد كل واحد منهما عن صاحبه بغير عذر كان مكروهاً، وإن كان بعذر لم يكره، ومن الأعذار أن تكون المرأة حائضاً، فلا يجوز أن تدخل المسجد لكن تقف في أقرب بوابه من المنبر الذي يلاعن فيه الزوج.

فصل: فإذا استقر هذا الشرح اختياراً وجوازاً ابتدأ الحاكم بالزوج فأقامه على المنبر أو عنده والزوجة جالسة، ليكون قيام الزوج أشهر له في الناس ليشاهده جميعهم فينزجر وليراه ويسمعه جميعهم فيشهدوا، فإذا التعن على ما سنصفه نزل عن مقامه وجلس وقامت الزوجة في مثل مقامه ولاعنت مثل لعانه على ما سنصفه من اختلاف اللفظ فيهما، فإن التعنا جالسين كره وأجزاه إن كان لغير عذر، ولم يكره إن كان لعذر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَوْ كَانَتْ مُشْرِكَةً الْتَعَنَتْ فِي الْكَنِيسَةِ وَحَيْثُ تُعَظِّمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ترافع إلى حكامنا زوجان من أهل الذمة في لعان لاعن بينهما في المواضع المعظمة عندهما، ولم يلاعن في مساجدنا وإن كانت أعظم حرمة، لأن المقصود بمواضع اللعان ما يعتقده المتلاعنان من تعظيمهما وعظم المآثم في هتك حرمتها، وأهل الذمة لا يرون لتعظيم مساجدنا ما يرونه من تعظيم بيعهم وكنائسهم فلذلك خصصهم بالالتعان فيها فإن كانا يهوديين لاعن بينهما في الكنيسة لأنها أشرف مواضعهم وإن كانا نصرانيين لاعن بينهما في بيعهم لأنها أشرف مواضعهم، وإن كانا مجوسيين لاعن بينهما في بيت نيرانهم، وجاز للحاكم أن يحضرها في لعانهم، لأن حضورها ليس بمحظور، وإنما إظهار المعاصي فيها محظور، فإذا لم يشاهدها في بيعهم وكنائسهم جاز الدخول إليها.

فصل: وإذا غلظ لعان الذميين بما يعظمون من الأمكنة كان تغليظه بما يعظمون من الأيمان معتبراً بخلوه من المعصية، فما خلي من معصية جاز تغليظ أيمانهم به كقوله في لعان اليهوديين: - أشهد بالله الذي أنزل التوارة على موسى، وفي لعان النصرانيين: أشهد بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، فقد روى جابر أن رسول الله ﷺ لما أراد إحلاف اليهود عند إنكارهم آية الرجم قال لهم: «بالله الذي أنزل التوراة على موسى» فأما ما فيه من أيمانهم معصية فلا يجوز تغليظ لعانهم به كقول اليهود: في عزير أنه ابن الله، وقول النصارى في المسيح، أو كيمين غيرهم بأصنامهم وأوثانهم، وهكذا لا يجوز إحلاف اليهود بموسى، ولا إحلاف النصارى بعيسى، كما لا يجوز إحلاف المسلمين بمحمد، لأن الأيمان بالمخلوقين محظور، قال رسول الله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت».

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ شَاءَتِ الْمُشْرِكَةُ أَنْ تَحْضُرَهُ فِي الْمَسَاجِدِ كُلِّهَا حَضَرَتْهُ إِلاَّ أَنَّهَا لاَ تَدْخُلُ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالى ﴿فَلاَ يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾.

قال الماوردي: وهذا يكون في لعان الكتابية إذا كانت تحت مسلم فيلاعن الزوج في المسجد. فأما الكتابية فلعانها فيما تعظمه من بيعهم وكنائسهم أولى من لعانها في مساجدنا، فإن وافقها الزوج على التعانهما في مساجدنا لم يمنع إلا المسجد الحرام، لأن الشافعي يجوز إدخال أهل الذمة إلى جميع المساجد إلا المسجد الحرام، وأبو حنيفة يجوز إدخالهم إلى جميعها وإلى المسجد الحرام، ومالك يمنع من إدخالهم إلى جميع المساجد كما يمنعون من المسجد الحرام.

والدليل عليهما قول الله تعالى: **﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾** [التوبة: ٢٨]. فنصه على أبي حنيفة.

ودليلنا على مالك: قد ربط رسول الله ﷺ جبير بن مطعم إلى سارية في مسجده إلى أن سمع سورة طه فأسلم وقال: كان قلبي يتصدع[١] وهذا دليل على مالك.

فصل: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «إِذَا جَعَلَ لِلْمُشْرِكَةِ أَنْ تَحْضُرَهُ فِي المَسْجِدِ وَعَسَى بِهَا معَ شِرْكِهَا أَنْ تَكُونَ حَائِضاً كَانَتِ الْمُسْلِمَةُ بِذَلِكَ أَوْلَى».

قال الماوردي: وهذا الكلام من المزني بيان عما يذهب إليه من جواز دخول الجنب والحائض من المسلمين إلى المساجد كما يجوز دخول أهل الذمة إليها وإن كان منهم جنب وحائض.

والجواب عنه: أننا إذا لم نعلم أن الداخل جنب ولا حائض لم تمنع، ولأن الظاهر أنه ليس بجنب ولا حائض، وإن علمنا أنه جنب أو حائض قد أمن تنجيس المسجد بدمها ففي جواز تمكينهم من دخول المساجد وجهان:

أحدهما: يمنعون منها ولا يمكنون كما يمنع المسلم فعلى هذا يسقط استدلاله.

والوجه الثاني: أنهم يمكنون ولا يمنعون من الدخول مع الجنابة والحيض إلا أن لا يؤمن بتنجيس المسجد بدم الحيض فيمنعوا وإن خالفوا فيه المسلمين.

والفرق بينهما أن المسلم ملتزم لحرمة المسجد وتعظيمه فلزمه اجتنابه مع تغليظ حدثه، وليس المشرك ملتزماً لهذه الحرمة فلم يلزمه اجتنابه مع حدثه، فإن اختلف الزوج المسلم والزوجة الذمية في موضع لعانهما من مسجد أو كنيسة فالقول فيه قول الزوج دونها لأن التغليظ عليها في اللعان حق له عليها فإن دعت إلى لعانها في المسجد، وقال الزوج في الكنيسة كان القول قول الزوج أولى ليستوفي حقه في التغليظ عليها وإن دعت الزوجة إلى لعانها في الكنيسة ودعي الزوج إلى لعانها في المسجد فالقول قوله؛ لأنه قد أسقط حقه من التغليظ عليها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَا مُشْرِكَيْنِ وَلاَ دِينَ لَهُما تَحَاكَمَا إِلَيْنَا لاَعَنَ بَيْنَهُما فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ».

قال الماوردي: إذا كان الزوجان المشركان من غير أهل الكتاب وليس لهما دين معروف كالزنادقة والدهرية لاعن الحاكم بينهما في مجلسه إذا ترافعا إليه وسقط تغليظ لعانهما بالمكان لاستواء الأماكن كلها عندهم وأنهم لا يميزون بتعظيم مكان منها، فإن قيل: كيف يحلفهما بالله وهما لا يعتقدان توحيده ولا يثبتان قدرته ولا عقابه، واليمين توضع زجراً لمن اعترف بالله وخاف عذابه ليتوقاهما في الإقدام بها على المعاصي،

(١) لم أجده هكذا وهو بنحوه عند البخاري (٤٠٢٩) وانظر الأصابه للحافظ ابن حجر (١/ ٢٣٣، ٢٣٤).

فهلا عدل عن إحلافهم بالله تعالى إلى ما يكون توقيهم له أكثر وحذرهم منه أعظم، قيل: الحلف بغير الله تعالى معصية قد منع الشرع منها، وليس إذا كان توقيهم لغيره أكثر مما يقتضي تسويغ إحلافهم به وأن من المسلمين من يتوقى الحلف بسلطانه أكثر من توقى الحلف بالله، ويجب إحلافهم بالله تعالى وإن لم يتوقوه ولا يجوز إحلافهم بسلطانهم وإن توقوه، كذلك حال من لا دين له من الكفار يحلفون في أيمانهم بالله وإن لم يتوقوه ويستفاد بها في اللعان وغيره ثبوت ما يتعلق بها من الأحكام في وقوع الفرقة وتأيـيد التحريم ونفي النسب لتجري عليهم هذه الأحكام إكراهاً وإن لم يعتقدوها ديناً، ويكونوا مؤاخذين بعقاب اجترائهم مع عقاب كفرهم. فإن قيل: فإن أغلظ عليهم بما يعظمونه من بيعهم وكنائسهم وإن كانت مواطن كفرهم. هلا غلظ عليهم بما يعظمونه من أيمانهم وإن كانت من معاصيهم.

قيل: ليست بيعهم وكنائسهم معصية، إنما المعصية ما يبدونه فيها من كفرهم ويتظاهرون به من شكرهم فجاز الدخول إليها إذا لم يجاهرونا فيها بكفرهم وليس كذلك حال أيمانهم بما يعظمونه من أوثانهم وأصنامهم لكونها معاصي يستحق العقاب عليها فافترقا ـ والله أعلم بالصواب ـ.

بـاب سُنَّةِ اللِّعَانِ وَنَفْيِ الْوَلَدِ وَإِلحاقِهِ بِالْأُمِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ كِتَابَيْ لِعَانٍ جَدِيدٍ وَقَدِيمٍ وَمِنِ اخْتِلَافِ الحَدِيثِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلاً لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ وانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ ﷺ بَيْنَهُمَا وَأُلْحِقَ الْوَلَدُ بِالْمَرْأَةِ وَقَالَ سَهْلٌ وَابْنُ شِهَاب فَكَانَتْ تِلْكَ سُنَّةُ الْمُتَلَاعِنِينَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن اللعان يتعلق به أربعة أحكام، وخامس مختص بالزوجة وحدها، فأحد الأربعة: درء الحد عن الزوج، والثاني: نفي النسب عنه، الثالث: وقوع الفرقة، والرابع: تحريم التأبيد، والخامس المختص بالزوجة وجود حد الزنا عليها إلا أن تلاعن.

وقال أبو حنيفة: الذي يختص باللعان حكمان، وقوع الفرقة، ونفي النسب، ولا يتعلق به سقوط الحد عن الزوج، ولا وجوب الحد عن الزوجة، لأنه يوجب اللعان عليهما، بحسبها عليه عند امتناعهما، ولا يوقع عنده تحريم التأبيد، لأنه يحلها له إن أكذب نفسه، وقد مضى الكلام معه في وجوب الحدين، وسيأتي الكلام معه في تأبيد التحريم، وقد روى محمد بن زيد عن سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ أنه قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لم يجتمعا أبداً»[1]، وقال الحسن البصري، وعثمان البتي: اللعان مختص بنفي النسب وحده ولا يوقع الفرقة إلا بطلاق الزوج فتقع الفرقة بالطلاق لأن العجلاني طلق حين لاعن ففرق رسول الله ﷺ بينهما بالطلاق وقد روى أبو مالك عن عاصم عن زر عن عليّ بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهما: أنهما قالا: «مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان أبداً» وذلك إشارة إلى سنة النبيّ ﷺ فكأنهما روياه نطقاً، وسيأتي من الدليل عليهما ما يدفع قولهما.

فصل: فإذا استقر ثبوت الأحكام الخمسة باللعان فنفي النسب مختص بلعان الزوج وحده، واختلفوا في الفرقة بماذا تقع؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها تقع بلعان الزوج وحده وكذلك الأحكام

---

(١) أخرجه البيهقي (٤٠٩/٧).

الخمسة، وإنما يختص لعان الزوجة بإسقاط الحد عنها لا غير وأن حكم الحاكم بالفرقة يكون تنفيذاً ولا يكون إيقاعاً.

وقال مالك وربيعة والليث بن سعد، وأحمد بن حنبل، وداود: إن الفرقة تقع بلعان الزوجين ولا تقع بلعان أحدهما، ويكون حكم الحاكم بالفرقة تنفيذاً لا إيقاعاً، فخالفوا الشافعي في وقوع الفرقة بلعانهما ووافقوه في أن حكم الحاكم بها تنفيذاً وليس بإيقاع.

وقال أبو حنيفة: الفرقة لا تقع إلا بلعانهما وتفريق الحاكم بينهما فيكون حكم الحاكم بها إيقاعاً لها لا تنفيذاً ويكون إيقاعه الفرقة بينهما واجباً عليه، واستدلوا جميعاً على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج وحده بأن رسول الله ﷺ لاعن بين الزوجين وفرق بينهما، فلما فرق بينهما بعد لعانهما دل على أنها لا تقع بلعان أحدهما، وجعل مالك حكمه بالفرقة بعد لعانهما تنفيذاً وجعله أبو حنيفة إيقاعاً، ولأن العجلاني قال: إن أمسكتها فقد كذبت عليهاوهي طالق ثلاثاً، ولو وقعت الفرقة بلعانه لأنكر عليه رسول الله ﷺ ما قاله من إمساكها، وما أوقعه من طلاقها،وفي إقراره على ذلك دليل على أن الفرقة لم تقع بينهما، واستدل أصحاب أبي حنيفة بأنها فرقة لا يثبت سببها إلا عند الحاكم، فلم تقع بينهما إلا بحكم الحاكم كالعنّة التي لم يثبت سببها في ضرب المدة إلا بحكم الحاكم، ولم تقع الفرقة فيها إلا بحكم، ولأن اللعان سبب يخرج به القاذف من قذفه فوجب أن لا تقع الفرقة إلا بحكم كالبينة.

ولأن الفرقة لا تقع إلا بما يختص بألفاظها من صريح أو كناية، وليس في اللعان صريح ولا كناية ودليلنا ما روي أن النبيّ ﷺ قال للعجلاني حين عرض عليه اللعنة الخامسة بعد الشهادات الأربع: «إنها الموجبة» إبانةً عنها في وقوع أحكام اللعان بها، فدل ثبوتها بلعان الزوج وحده، وهذا دليل على جماعتهم.

وروى سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً».

وقد روى أبو بمالك عن عاصم عن زر عن علي وعبدالله بن مسعود أنهما قالا: مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان أبداً[1]. وذلك إشارة إلى سنة رسول الله ﷺ فلم يجعل لغيرهما تأثيراً في وقوع الفرقة بينهما. وهذا يدفع قول أبي حنيفة، وروى سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله، لا سبيل

(١) البيهقي (٧/ ٤١٠) والدارقطني (٣/ ٤).

لك عليها» قال: يا رسول الله مالي، قال: «لا مال لك، إن كنت صادقاً فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذباً فهو أبعد لك»[(١)]. فكان قوله: لا سبيل لك عليها إخباراً عن وقوع الفرقة بينهما، وليس بإيقاع للفرقة، لأن إيقاع الفرقة أن يقول: «قد فرقت بينكما» فدل ما أخبر به من وقوع الفرقة على تقدمها قبل خبره، ويدل عليه من طريق المعنى أنها فرقة تجردت عن عوض، فإذا لم يجز تفرد الزوجة بها جاز أن ينفرد الزوج بها كالطلاق، ولأنه قول يمنع إقرار الزوجين على الزوجية، فوجب أن يكون حكم الحاكم فيه تنفيذاً لا إيقاعاً كالبينة على الطلاق والإقرار به، ولأن الأقوال المؤثرة في الفرقة، لا يفتقر إلى وجودها من جهتها كالطلاق، ولأن اللعان يمين عندنا وشهادة عند أبي حنيفة، والحكم بكل واحد منه بتنفيذ وليس بإيقاع، ولأن حكم التنفيذ يجوز من غير طلب كالحاكم بشهادة أو يمين، وحكم الإيقاع لا يجوز إلا بعد الطلب كالفسخ في العنة والإعسار بالنفقة، وفرقه اللعان لا تفتقر إلى طلب فدل على اختصاصها بالتنفيذ دون الإيقاع، ولأن اللعان تقع به الفرقة، وينتفي به النسب، فلما اختص نفي النسب بلعان الزوج وجب أن يكون وقوع الفرقة بمثابته، لأنه أحد حكمي اللعان.

فإن منعوا من نفي اللعان النسب، بلعان الزوج وحده، وادعوا أنه لا ينتفي إلا بالحكم بعد لعانهما. كان فاسداً من وجهين:

أحدهما: أن لعان الزوج يتضمن نفي النسب، ولعان الزوجة يتضمن إثبات النسب، وإذا اختلفا في النفي والإثبات لم يجز أن يتعلق نفيه إلا بقول النافي دون المثبت اعتباراً بالموافقة.

والثاني: أن الاعتبار في ثبوت النسب ونفيه بالزوج دون الزوجة، لأنه لو أقر به ونفته، لم يؤثر نفيها، وَلَوْ نفاه وأَقرت به لم يؤثر إقرارها، ولو استلحقه بعد نفيه بلعانهما ألحق به وإن أقامت على نفيه عنه، فاقتضى بهذين أن يكون نفي النسب مختصاً بلعان الزوج، وإذا اختص به كانت الفرقة بمثابته، وأما الجواب عن استدلالهم بأن رسول الله ﷺ فرق بين الزوجين بعد لعانهما، فهو أنها قضية في عين لا يدعي فيها العموم فاحتمل أن يفرق بينهما في المكان، واحتمل أن يفرق بينهما في النكاح ويتحمل وهو الأشبه أن يكن أخبرهما بوقوع الفرقة بينهما، لأنه قد روي فيه «وألحق الولد بأمه، وقد كان لاحقاً بها»، وإنما أخبر بلحوقه بها دون الزوج وأما حديث العجلاني وأن النبيّ ﷺ لم ينكر عليه وقوع الطلاق منه، فقد أنكره بقوله: «لا سبيل

---

(١) أخرجه البخاري (٧/٧١، ٨٠) ومسلم في اللعان (٥) والنسائي في الطلاق باب (٤٤) وأبو داود باب(٢٧) وأحمد (٢/١١) وعبد الرزاق (١٢٤) والحميدي (٦٧١) والشافعي (٢٥٨) وانظر نصب الراية (٣/٢٥٠).

لك عليها أبداً» ولو وقعت الفرقة بالطلاق لكان له عليها سبيل، وأما قياسهم على العنة فالجواب عنه، المعارضة في معنى الأصل من أحد وجهين.

إما لأن الفرقة في العنة لا تمضي إلا بعد الطلب وفي اللعان تمضي بغير طلب فصارت تلك الفرقة إيقاعاً، وهذه تنفيذاً.

وإما لأن العنة يجوز إقرارهما عليها، ولا يجوز إقرارهما بعد اللعان فصارت تلك الفرقة إيقاعاً وهذه تنفيذاً، وهو جواب عن قياسهم على البينة، وأما قولهم: إنه ليس بصريح، ولا كناية فعنه جوابان:

أحدهما: أن ذلك مراعى في الطلاق دون غيره من الفسوخ.

والثاني: أن اللعان صريح في أحكامه المختصة به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا فُرْقَةٌ بِلاَ طَلاَقِ الزَّوْجِ (قال) وَتَفْرِيقُ النَّبِيِّ ﷺ غَيْرُ فُرْقَةِ الزَّوْجِ إِنَّمَا هُوَ تَفْرِيقُ حُكْمٍ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا الكلام الرد على أهل العراق في مسألتين:

إحداهما: ما ذهب إليه أبو حنيفة بأن تفريق النبيّ ﷺ بين المتلاعنين كان إيقاعاً بحكم، فلذلك لم يوقع الفرقة بينهما بمجرد اللعان حتى يوقعها الحاكم بينهما، وقد مضى الكلام فيها معه.

وقلنا إن حكم النبيّ ﷺ كان تنفيذاً وإخباراً بوقوع الفرقة.

والمسألة الثانية: بيان حكم الفرقة الواقعة بين المُتَلاَعنين. وهِيَ عِنْدَ الشَّافعي فَسْخ وليست بطلاق ولذلك تعلق بها تحريم التأبيد.

وبه قال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد وهو إحدى الروايتين عن مالك.

وقال أبو حنيفة ومحمد: هي فرقة طلاق بائن، ولذلك لم يتأبد تحريمها عنده، وأحلها له إن أكذب نفسه.

وفي هذا القول تناقض، لأن الفرقة لا تقع عنده إلا بالحاكم، دون الزوج، والطلاق يملكه الزوج دون الحاكم، قال النبيّ ﷺ: «إنَّما الطلاق لمن أخذ بالساق».

فتناقض في قوله فإن قيل: فقد فعلتم مثل هذه المناقضة لأنكم جعلتم الفرقة واقعة بالزوج دون الحاكم والزوج لا يقع منه إلا الطلاق، قيل: قد يصح من الزوج الطلاق بغير سبب، والفسخ إذا كان عن سبب، كالفسخ بالعيوب، وهذه الفرقة لسبب فكانت فسخاً ولم تكن طلاقاً، فلم يكن في هذا القول تناقض، لأن الطلاق يقع بما يختص من ألفاظه من صريح وكناية، وهذه الفرقة لا تقع بصريح الطلاق ولا كنايته،

ولا يكون اللعان من غير الملتعن صريحاً في الطلاق ولا كناية، ولأن لفرقه الطلاق عدداً ليس في فرقة اللعان وحكماً يخالف حكم اللعان، لأنها لا تحل في الطلاق الثلاث إلا بعد زوج آخر وتحل فيما دونه من غير زوج، وهو يقول في فرقة اللعان: إنها لا تحل له إلا أن يكذب نفسه، فسلبه حكم كل واحد من الطلاقين واعتبر فيه من التكذيب ما لا يعتبر في واحد من الطلاقين فامتنع أن يكون اللعان طلاقاً كما امتنع أن يكون الطلاق لعاناً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «(قال) وَإِذَا قَالَ ﷺ «اللَّهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُما كَاذِبٌ فَهَل مِنْكُما تَائِبٌ؟» فَحَكَمَ عَلَى الصَّادِقِ وَالْكَاذِبِ حُكْماً وَاحِداً وأَخْرَجَهُمَا مِنَ الْحَدِّ».

قال الماوردي: وهذا الحديث رواه سعيد بن جبير عن ابن عمر أن النبيّ ﷺ لما فرق بين العجلاني وامرأته قال: «الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب» قالها ثلاثاً. ومراد الشافعي بذكره بيان ما دل عليه من ثلاثة أحكام:

أحدهما: أن الحكم يكون بالظاهر دون الباطن وإن علم أن الباطن مخالف للظاهر، لأنه قد علم قطعاً أن أحدهما كاذب وإن لم يعلم بعينه فلم يعتبر حال علمه وحكم بالظاهر من أحوالهما.

والحكم الثاني: أنه سوى في الحكم بينهما وإن علم كذب أحدهما وصدق الآخر ولم يجعل لاختلافهما في ذلك تأثيراً في اختلاف الحكم عليهما لأن اشتباه أحوالهما منع من تميـيزهما فيه، وصار حكم الصادق منهما والكاذب سواء في الظاهر وإن كان مختلفاً عند الله تعالى في الباطن.

والحكم الثالث: ما أمرهما به رسول الله ﷺ من التوبة فدل ذلك على أمرين:

أحدهما: تمحيص المآثم يكون بالتوبة لا بالحكم.

والثاني: قبول التوبة ممن علم أن باطنه مخالف لظاهره فكان فيه حجة على مالك في قبول توبة الزنديق، وإن علم أن باطن معتقده مخالفه لظاهر توبته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أُدَيْعِجُ فَلَا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ صَدَّقَ عَلَيْهَا» فَجاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ «إِنَّ أَمْرَهُ لَبَيِّنٌ لَوْلَا مَا حَكَمَ اللَّهُ» فَأَخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَعْمِلْ دَلَالَةَ صِدْقِهِ عَلَيْهَا وَحَكَمَ بِالظَّاهِرِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْوُلَاةِ ذَكَرَهُ أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ الْمُتَلَاعِنِينَ قَالَ ﷺ «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أُدْخِلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْس مِنهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الأَوَّلِينَ وَالآخِرِينَ».

قال الماوردي: قد روي عن النبيّ ﷺ حديثين:

أحدهما: في لعان العجلاني.

والثاني: في لعان هلال بن أمية نحن نذكرهما وتفسيرهما ومراد الشافعي بالاستدلال بهما، وأما المروي في لعان العجلاني، فقول النبيّ ﷺ بعد التعانهما: «أبصروها، فإن جاءت به أسحم، أدعج، عظيم الإليتين فلا أراه إلا قد صدق، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحره فلا أراه إلا كـاذباً»، قال: فجاءت به على النعت المكروه.

الأسحم: الأسود، والأدعج: شديد سواد الحدقة، والأحيمر: تصغير أحمر، والوحرة: قال الشافعي: دويبة كالوزعة، وقال غيره: هي القطاة، أما المروي في لعان هلال ابن أمية، فقوله ﷺ بعد التعانهما إن أتت به أصيهب، أثيبج أحمش الساقين فهو لهلال ابن أمية.. وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به أورق جعداً جمالياً خلدج الساقين سابغ الإليتين فقال النبيّ ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» قال عكرمة: فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب.

قوله: أصيهب تصغير أصهب وهو الأشقر.

وأثيبج: هو الذي له ثبجة، وهي لحمة ناتئة بين الكتفين، والكاهل وفوق الظهر.

وأحمش الساقين دقيقهما.

والأورق: الأسمر يقال في البهائم أورق، وفي الآدميين أسمر.

والجعد يعني جعد شعر الرأس، والجمالي من الناس من رواه بفتح الجيم ذهب إلى أنه من الجمال، ورواه أبو عبيدة بضم الجيم وهو العظيم الخلق مشتقاً من الجمل.

وسابغ الإليتين: تامهما.

وخدلج الساقين: عظيمهما فهذا تفسير الحديثين، والمقصود في المستفاد منهما ثلاثة أحكام:

أحدهما: حكم الحاكم في الظاهر لا يغير الأمر عما هو عليه في الباطن بخلاف ما قاله أبو حنيفة: إن الحكم بالظاهر يحيل الأمر عما هو عليه في الباطن، ودليل الخبر يدفع قوله لأن النبيّ ﷺ جعل حكم الشبه يقتضي لحوقه بأشبههما به ثم لم يلحقه بواحد منهما مع وجود الشبه، لأن الحكم في الظاهر مانع من لحوقه.

والحكم الثاني المستفاد من الحديثين: أن النبيّ ﷺ جعل للشبه تأثيراً في لحوق

الأنساب يوجب الحكم بالقيافة عند إشكالها، لأنه جعله من هلال بن أمية إن كان على شبهه، ومن شريك بن السحماء إن كان على شبهه.

فإن قيل: فكيف يكون دليلاً وما ألحقه بواحد منهما مع وجود الشبه؟.

قيل: لأن نفيه باللعان نص، وإلحاقه بالشبهة استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص، ويستعمل إذا انفرد.

والحكم الثالث المستفاد منها: أن ولد الزنا لا يلحق بالزاني مع وجود الشبه، لأنه قد أشبه الولد شريكاً، وأخبر النبيّ ﷺ أنه منه بالشبه ولم يلحقه به في الحكم ـ والله أعلم بالصواب ـ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَاللِّعَانُ أَنْ يَقُولَ الإِمَامُ لِلزَّوْجِ قُلْ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي فُلَانَةَ بِنْتَ فُلَانٍ مِنَ الزِّنَا وَيُشِيرُ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ثُمَّ يَعُودُ فَيَقُولُهَا حَتَّى يُكْمِلَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ثُمَّ يَقِفُهُ الإِمَامُ وَيُذَكِّرُهُ اللَّهُ تَعَالَى وَيَقُولُ إِنِّي أَخَافُ إِنْ لَمْ تَكُنْ صَدَقْتَ أَنْ تَبُوءَ بِلَعْنَةِ اللَّهِ فَإِنْ رَآهُ يُرِيدُ أَنْ يُمْضِي أَمَرَ مَنْ يَضَعُ يَدَهُ عَلى فِيهِ وَيَقُولُ إِنَّ قَوْلَكَ وَعَلَيَّ لَعْنَةُ اللَّهُ إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ مُوجِبَةٌ فَإِنْ أَبَى تَرَكَهُ وَقَالَ قُلْ وَعَلَيَّ لَعْنَةُ اللَّهِ إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ فُلَانَةَ مِنَ الزِّنَا».

قال الماوردي: وهذه صفة اللعان، وهو أن يبدأ بلعان الزوج قبل لعان الزوجة، لأن كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ وردا به، فإن قدم لعان الزوجة لم يعتد به واعتد به أبو حنيفة وهذا خطأ، لأن لعان الزوج إثبات لقذفه، ولعان الزوجة نفي لما أثبته الزوج فلم يجز إلا أن يكون بعد إثباته، فيبدأ الإمام بالزوج، أو من يستنيبه الإمام من الحكام فيقول له: قل أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان من الزنا فإن كانت غائبة عن مقامه، إما بموت، أو بحيض أو كفر، وقفت لأجلهما على باب المسجد سقط حكم الإشارة إليها للغيبة، ورفع في نسبها بعد ذكر الزوجية لما تتميز به عن غيرها ولا يشاركها فيه أحد سواها لينتفي الاحتمال في توجيه اللعان إليها[١].

(١) في تأخير هذه المسألة بعد الباب.

بـاب كَيْفَ اللِّعَانُ
مِنْ كِتَابِ اللِّعَانِ وَالطَّلاَقِ وَأَحْكَامِ الْقُرْآنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَمَّا حَكى سَهْلٌ شُهُودَ الْمُتَلاَعِنِينَ مَعَ حَدَاثَتِهِ وَحَكَاهُ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا اسْتَدْلَلْنا عَلَى أَنَّ اللِّعَانَ لاَ يَكُونُ إِلاَّ بِمَحْضَرٍ مِنْ طَائِفَةٍ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ لأَنَّهُ لاَ يَحْضُرُ أَمْراً يُرِيدُ النَّبِيُّ ﷺ سَتْرَهُ وَلاَ يَحْضُرُهُ إِلاَّ وَغَيْرُهُ حَاضِرٌ لَهُ وَكَذَلِكَ جَمِيعُ حُدُود الزِّنا يَشْهَدُهَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَقَلُّهُمْ أَرْبَعَةٌ لأَنَّهُ لاَ يَجُوز فِي شَهَادَةِ الزِّنَا أَقَلُّ مِنْهُمْ وَهَذَا يُشْبِهُ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الزَّانِيَيْنِ ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ وَفِي حِكَايَةِ مَنْ حَكَى اللِّعَانَ عَنِ النَّبِي ﷺ جُمْلَةً بِلاَ تَفْسِيرٍ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا نَصَبَ اللِّعَانَ حِكَايَةً فِي كِتَابِهِ فَإِنَّمَا لاَعَنَ ﷺ بَيْنَ الْمُتَلاَعِنِينَ بِمَا حَكَى اللَّهُ تَعَالى في القُرْآنِ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في تغليظ اللعان بحضور الذين أقلهم أربعة بما قدمناه في الدليل. وكذلك سائر الحدود التي يخفى أثرها بعد الاستيفاء كحد الزنا، والقذف فلما لم يثبت إلا بأربعة كالزنا، كان أقل من شهد حده أربعة، وما يثبت بشاهدين كالقذف، فالشاهدان أقل من يحضر استيفاؤه، فأما ما يظهر أثره بعد الاستيفاء كالقطع في السرقة، فليس يؤمر في استيفاؤه بحضور الشهود، لأن شواهد استيفاؤه تغني عن الشهادة. وإن كانت حاضرة أشار إليها، وهل يحتاج مع الإشارة إلى ذكر الاسم والنسب أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي العباس بن سريج: أنه يجوز أن يقتصر على الإشارة مع ذكر الزوجية، ولا يحتاج إلى ذكر الاسم والنسب كالشهادة، فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا، فيكون مقتصراً على شرطين الزوجية والإشارة.

والوجه الثاني: أنه يحتاج مع ذكر الزوجية والإشارة إلى شرط ثالث هو الاسم دون النسب فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة هذه من الزنا ليتوجه اللعان إلى حاضر مسمى، لأنه لا يحضر معها من يجوز أن تنصرف الإشارة إليه.

والوجه الثالث: وهو قول أبي حامد المروزي، وحكاه في جامعه الذي نقل فيه منصوصات الشافعي أنه يحتاج مع ذكر الزوجية والاسم والإشارة إلى شرط رابع وهو النسب فيقول: زوجتي فلانة بنت فلان هذه لأن اللعان موضوع على التأكيد ونفي الاحتمال فإذا تقرر ما يذكره الزوج في الشهادة الأولى من لعانه، أمره الحاكم أن يكرر ذلك أربع مرات متواليات يعيد في كل مرة منها مثل ما قاله في الأولى، فإذا أكمل أربعاً بقيت الخامسة وهي اللعنة، فوقفه قبلها ووعظه، وذكره الله تعالى، وخوفه من عقابه، وأعلمه أن الخامسة هي اللعنة الموجبة، وإني أخاف إن كنت كاذباً أن تبوء بلعنة الله وأليم عقابه، وأمر رجلاً أن يضع يده على فيه حتى لا يسرع إليها، فإن رآه يريد أن يمضي في لعانه لا يرجع عنه، قال له: قل وعليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، فإذا قالها فقد أكمل بها جميع لعانه ما لم يكن نسباً يريد نفيه.

فإن كان نسباً يريد نفيه قال: في كل واحدة من الشهادات الأربع واللعنة الخامسة: وأن هذا الولد وأشار إليه إن كان حاضراً من زنا وما هو مني.

وأن كانت ذات حمل قال: وأن حملها لحمل من زنا ما هو مني فتضمن نفي النسب في لعانه شرطين:

أحدهما: إضافته إلى الزنا.

والثاني: نفيه عنه، ولا يجوز أن يضيفه إلى الزاني إن كان قد سماه في لعانه على ما سنذكره فيمن يسمى في القذف؛ لأن ولد الزنا لا يلحق بالزان فلم يجز أن يضاف إليه.

فصل: فإذا فرغ من لعان الزوج على ما وصفناه أجلسه وأقام الزوجة في مقامه وقال لها: قولي أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وهل يحتاج مع ذكر الزوجية والإشارة إلى ذكر الاسم والنسب أم لا؟ على ما ذكرناه من الأوجه الثلاثة.

إلا أن يكون غائباً فلا بد من ذكر اسمه ونسبه بما يتميز به عن غيره ولا يشاركه فيه أحد، فإن كان الزوج قد نفى بلعانه نسباً فهل تؤمر بذكره في لعانها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين أنها لا تذكره في لعانها؛ لأنه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين تذكره في لعانها لتقابل الزوج على مثل لعانه في نفي ما أثبت من الزنا وإثبات ما نفي من النسب؛ لأن الزوج يقول: أشهد بالله اني

لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، وأن هذا الولد من زنا ما هو مني، فأثبت الزنا ونفي النسب، وهي تقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من هذا الزنا، وأن هذا الولد منه ما هو من زنا، فنفت الزنا وأثبتت الولد، فإذا قالت ذلك في الشهادة الأولى، أمرها أن تعيد ذلك أربع مرات، فإذا أكملت الرابعة وقفها، ووعظها بمثل ما وعظ به الزوج، وأمر رجلاً من ذوي محارمها أن يضع يده على فمها في الخامسة لترجع عنها ولا تسرع إليها فإن لم يكن لها ذو محرم أمر امرأة بذلك، فإن رآها تريد إتمامه، قال لها في الخامسة: قولي وعلي غضب الله إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا وأن هذا الولد ليس من زنا فإذا قالت الخامسة فقد أكملت لعانها وأسقطت به ما وجب عليها من حد الزنا بلعان الزوج، ولم يتعلق به سوى سقوط الحد عنها عندنا، وإن جعله مالك وأبو حنيفة شرطاً في وقوع الفرقة على ما قدمنا من الخلاف معهما.

فصل: فإن خالف الحاكم في لعانهما ما وصفنا، اشتمل خلافه على أربعة أقسام: :

أحدها: أن يخالف في لفظ الشهادة فيأمرهما بدلاً من أشهد بالله، أن يقولا: أقسم بالله أو أحلف بالله، أو أولي بالله، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجزىء لأمرين:

أحدهما: مخالفة النص وتغليظ الشهادة.

والثاني: أنه يجزىء لأمرين:

أحدهما: أن اللعان يمين فكان ألفاظ الأيمان به أخص.

والثاني: أن الشهادة كناية واليمين صريح.

والقسم الثاني: أن يخالف بينهما في لفظ اللعن والغضب في الخامسة، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يعدل عن لفظهما إلى غيرهما، فيقول بدلاً من اللعنة في الزوج الإبعاد، ومن الغضب في الزوجة، السخط، فلا يجزيه لأمرين:

أحدهما: لتغيير النص.

والثاني: لأنه قد صار بالنص صريحاً فصار ما سواه كناية وإن وافق معناه.

والضرب الثاني: أن ينقل كل واحد منهما من جهته إلى الجهة الأخرى، فينظر فيه، فإن نقل اللعن من الزوج إلى الزوجة حتى قالت: وعلي لعنة الله بدلاً من قولها وعلي غضب الله لم يجز؛ لأن الغضب أغلظ من اللعن؛ لأن الغضب انتقام واللعن

إبعاد، وكل منتقم منه مبعد، وليس كل مبعد منتقماً منه، فصار الغضب أغلظ، ولذلك غلظ به لعان الزوجة لأن الزنا منها أقبح والمعرة منها أفضح.

وإن نقل الغضب إلى الزوج حتى قال: وعلي غضب الله، بدلاً من قوله؛ وعلي لعنة الله ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: لا يجزىء لمخالفة النص.

والثاني: يجزىء؛ لأنه أغلظ من النص مع دخوله فيه.

والقسم الثالث: أن يخالف بينهما في ترتيب اللفظ فيجعل ما في الخامسة من اللعن والغضب قبل الشهادات أو في تضاعيفها ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه لمخالفة الترتيب فيه.

والثاني: يجزئه لوجود التغليظ.

والقسم الرابع: أن يخالف بينهما في العدد، فإن كان خلافه في الزيادة فزاد على الشهادات الأربع خامسة، أو على اللعنة والغضب في الخامسة سادسة، فقد أساء وأجزاء، وإن كان خلافه في النقصان فترك بعض الشهادات الأربع، أو ترك الخامسة في اللعن والغضب لم يجز ولم يتعلق بما اقتصر عليه شيء من أحكام اللعان، سواء ترك أكثره أو أقله، وينقض حكمه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن ترك أقله أجزأه وإن أساء، ولا ينقض حكمه استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن اللعان مما اختلف في وقوع الفرقة به، وما استقر فيه الخلاف ساغ فيه الاجتهاد، والحكم إذا نفذ باجتهاد مسوغ لم ينقض.

والثاني: أن إدراك معظم الشيء يقوم مقام إدراك جميعه، كمن أدرك الإمام راكعاً كان في الاعتداد بالركعة كالمدرك له محرماً، كذلك أكثر اللعان يجوز أن يقوم مقام جميعه ودليلنا قوله تعالى: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾ [النور: ٨، ٩] فعلق الحكم فيه بخمس فلم يجز أن يعلق بأقل منها، لأنه يصير نسخاً ولا يجوز أن ينسخ القرآن بالاجتهاد، ولأن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وبين هلال بن أمية وامرأته بخمس ثم فرق، والحكم إذا علق بسبب اقتضى أن يكون محمولاً على سببه، ولأن الاقتصار من اللعان على بعضه يمنع من ثبوت حكمه كالاقتصار على أقله، ولأن الحكم إذا تعلق بعدد لم يتعلق ببعضه كأعداد الركعات فكذلك أعداد اللعان، ولأن ما شرع عدده في درء الحد لم يجز الاقتصار منه على بعضه كالشهادة؛ ولأن اللعان إما أن

يكون يميناً، فلا يجوز أن يقتصر على بعض ما شرع فيها من العدد كالقسامة، أو يكون شهادة فلا يجوز الاقتصار عل بعض عددها كسائر الشهادات.

فأما الجواب عما ذكروه من أن حصول الاختلاف مسوغ للاجتهاد، فهو أن الاجماع منعقد على الخمس وإنما الاختلاف في وقوع الفرقة بها أو بما بعدها وما انعقد الإجماع عليه لم يسغ الاجتهاد فيه.

وأما الجواب عن أن ادراك معظم الشيء يقوم مقام إدراك جميعه فهو أنه فاسد بإدراك ثلاث ركعات من أربع لا يقوم مقام إدراك الأربع إنما أدرك الإمام الركعة الأولى بإدراك أكثرها؛ لأنه تحمل عنه ما فاته منها وقام مقامه فيها، ولذلك لو انفرد بها من غير إمام لم يدركها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَذَفَهَا بِأَحَدٍ يُسَمِّيهِ بِعَيْنِهِ وَاحِداً أَوِ اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ قَالَ مَعَ كُلِّ شَهَادَةٍ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا بِفُلانٍ أَوْ فُلَانٍ وَقَالَ عِنْدَ اللِّعَانِ وَعَلَيَّ لعْنَةُ اللَّهِ إِنْ كُنْتُ مِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا بِفُلَانٍ أَوْ بِفُلَانٍ وَفُلَانٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا سمى في قذف زوجته الزاني بها، فقال: زنا بك فلان سقط حد القذف عنه إذا ذكره في لعانه على ما وصفه الشافعي رحمه الله.

وقال أبو حنيفة: لا يسقط حد قذفه بذكره في لعانه، فإن قدمت الزوجة المطالبة فلاعن منها حد بعده للأجنبي، وإن قدم الأجنبي المطالبة فحد له لم يلاعن من زوجته، وبناه على أصله في أن المحدود في قذف لا يلاعن، واستدل على أن حد يقذفه للأجنبي لا يسقط بلعانه، بعموم قول الله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** لأن قذف الأجنبي لا يسقط حده باللعان كما لو أفرده بالقذف، ولأنه لو قال لزوجته وأجنبي: زنيتما لم يسقط قذف الأجنبي باللعان، كذلك لو قال: زنيت به.

ودليلنا قوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾** [النور: ٦] وفي الآية ثلاثة أدلة:

أحدها: تخليصه من قذفه بلعانه فاقتضى أن يكون على عمومه فيمن يلتعن منهم.

والثاني: أنه جعل اللعان كالشهادة بقوله تعالى: **﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾** والشهادة تسقط حدها عنه، فكذلك اللعان.

والثالث: أنه أثبت صدقه باللعان، وصدقه يمنع من حده.

ولأن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته؛ وقد قذفها بشريك بن السحماء فلم يحده له بعد لعانه فدل على سقوط الحد بلعانه؛ ولأن قذف زوجته بزان يمنع من

حده بعد اللعان كغير المسمى؛ ولأن ما سقط به حد الزوجة مع غير المسمى سقط به حدها وحد المسمى كالبينة؛ ولأن كل حد استفاد إسقاطه بالبينة استفاد إسقاطه باللعان كحد القذف، ولأنه قد يضطر إلى تسمية الزاني كما يضطر إلى قذف زوجته وضرورته إلى تسميته من ثلاثة أوجه:

أحدها: ليكون أدل على التحقيق، وأنفى للظن.

والثاني: ليكون في شبه الولد به ما يدل على الصدق في قذفه كما استدل به رسول الله ﷺ على صدق العجلاني وهلال بن أمية.

والثالث: ليكون تعيينه في القذف واللعان أزجر للناس عن الزنا بذوات الأزواج حذراً من فضيحة التسمية في القذف واللعان.

وأما استدلالهم بعموم الآية، فالملاعن مخصوص منها بدليل الزوجية، وأما قياسهم عل انفراد الأجنبي فالمعنى فيه أنه قذف لا مدخل للعان فيه، وأما استدلالهم بقوله لهما: زنيتما، فنحن نرجع إلى بيان هذا القذف، فإن أراد به أن أحدهما زنا بصاحبه فهي مسألتنا التي اختلفنا فيها ونحن نجوز فيه اللعان، وإن أراد أن كل واحد منهما زنا بغير الآخر، منعنا من اللعان في قذف الأجنبي؛ لأنه لا يتعلق بقذفه زوجته فلم يكن في ذلك دليل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ فَنَفَاهُ أَوْ بِهَا حَمْلٌ فَانْتَفَى مِنْهُ قَالَ مَعَ كُلِّ شَهَادَةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا وَإِنَّ هَذَا الوَلَدَ وَلَدُ زِناً مَا هُوَ مِنِّي».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن نسب الولد لا ينتفي عنه بلعانه من الزوجة إلا أن ينفيه في لعانه في الشهادات الأربع، وفي اللعنة الخامسة، فإن أخل بذكره في أحد الخمسة لم ينتف عنه، وصفة نفيه في لعانه أن يقول في كل مرة: وأن هذا الولد من زنا ما هو مني، فيجمع في نفيه بين شرطين أحدهما، إضافته إلى الزنا وأنه ليس منه، فإن اقتصر على أحد الشرطين اعتبر حال الشرط الذي اقتصر عليه، فإن كان الثاني، وهو أن قال: وإن هذا الولد ليس مني، ولم يقل أنه ولد من زنا، لم ينتف عنه، لما فيه من الاحتمال، لأنه قد يريد بذلك أنه ليس يشبهني في خلقي أو خلقي أو فعلي ولذلك لم يجعل قوله لابنه: لست بابني قذفاً لأمه لما فيه من هذا الاحتمال، وإن اقتصر على الشرط الأول وهو أن قال: وأن هذا الولد لولد من زنا، ولم يقل: ما هو مني، ففي انتفائه عنه بذلك وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد المروزي: قد انتفى عنه، لأن ولد الزنا لا يلحقه

به، فكان قوله ما هو مني تأكيداً، ألا ترى أنه لو قال لولده: أنت ولد زنا، كان قاذفاً لأمه.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الإسفراييني لا ينتفي عنه بذلك حتى يقول: ما هو مني؛ لأن الأيمان موضوعة على نفي الاحتمال، وقد يحتمل أن يعتقد أنه من زنا ويكون منه، بأن يكون قد زنى قبل تزوجه بها وجاءت بولد لستة أشهر من وقت عقده فيكون لاحقاً به؛ ولأن من أصحابنا وهو أبو بكر الصيرفي يرى أن النكاح بغير ولي زنا وإن كان الولد فيه لاحقاً، ولا يؤمن من الملاعن اعتقاد مذهبه، فلذلك وجب لإزالة الاحتمال أن يضيف إلى قوله: أنه ولد زنا، ما هو مني وإن لم يذكر الولد حتى استكمل لعانه ولعان الزوجة قيل: قد وقعت الفرقة ولم ينتف الولد، فإن أحب أن ينفيه استأنف لوقته لعانه خاصاً لنفي الولد كاملاً بالشهادات واللعنة الخامسة. ولم تلاعن معه الزوجة؛ لأنه لا مدخل للعانها في نفي الولد ولا في إثباته، وإنما يختص بإسقاط الزنا عنها وقد سقط بما تقدم من لعانها، وهذا منصوص الشافعي في هذا الموضع وفي كتاب «الأم» وقال في «الإملاء» تعيد الزوجة لعانها بعد إعادة الزوج، وليس هذا القول منه على الوجوب، وإنما هو على الاختيار حتى لا ينفرد الزوج بلعان لا تساويه فيه الزوجة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ حَملاً قَالَ وَإِنَّ هَذَا الْحَمْلَ إِنْ كَانَ بِهَا حَمْلٌ لَحَمْلٌ مِنْ زِنًا مَا هُوَ مِنِّي».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في جواز اللعان من الحمل إذا كان النكاح ثابتاً وحد القذف واجباً وسواء قيل إن الحمل متحقق أو مظنون، وفي جواز لعانه من الحمل بعد طلاقه وقبل وضعه قولان من اختلاف قوليه فيه هل الحمل متحقق أو مظنون.

فإن أراد نفيه في لعانه مع بقاء النكاح قال في كل مرة: وإن هذا الحمل إن كان بها حمل لحمل من زنا ما هو مني مثل ما قال في نفي الولد بعد وضعه فإن أغفل ذكره في لعانه كان كإغفال الولد فيه، فلا ينتفي عنه، فإن أراد أن يعيد اللعان لنفيه جاز أن يعيده وإن وقعت الفرقة باللعان الأول قولاً واحداً ليستدرك به ما كان مجوزاً في لعانه الأول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ هَذَا فَقَدْ فَرَغَ مِنَ الِالْتِعَانِ فَإِنْ أَخْطَأَ الإِمَامُ فَلَمْ يَذْكُرْ نَفْيَ الْوَلَدِ أَوِ الْحَمْلِ فِي اللِّعَانِ قَالَ لِلزَّوْجِ إِنْ أَرَدْتَ نَفْيَهِ أَعَدْتَ اللِّعَانَ وَلاَ تُعِيدُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ إِعَادَةِ الزَّوْجِ اللِّعَانَ إِنْ كَانَتْ فَرَغَتْ مِنْهُ بَعْدَ الْتِعَانِ الزَّوْجِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ليس على الزوجين بعد التعانهما حد ولا تعزير لقذف ولا زنا.

وقال أبو حنيفة: يعذران بعد الالتعان لتحقق الكذب في اجتماعهما عليه، وهذا خطأ، لأن الكذب لا يتعين في واحد منهما، وقد يجوز أن يكون صادقاً، ومن لم يتحقق كذبه لم يعزر كالشهادتين المختلفتين المتداعيتين، وكاليمين في اختلاف المتبايعين لا تعزير فيها على البينتين وإن اختلفا ولا على الحالفين وإن تكاذبا.

كذلك في التعانهما، لأنه لا يخلو أن يكون كأحدهما، ولأن التعزير موضوع للزجر والنكال، وما في اللعان من الزجر والنكال أعظم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَخْطَأَ وَقَدْ قَذَفَهَا بِرَجُلٍ وَلَمْ يَلْتَعِنْ بِقَذْفِهِ فَأَرَادَ الرَّجُلُ حَدَّهُ أَعَادَ عَلَيْهِ اللِّعَانَ وَقَالَ فِي كِتَابِ الطَّلاَقِ مِنْ أَحْكامِ الْقُرآنِ: وَإِلاَّ حُدَّ لَهُ إِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ وَفِي الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ: وَلَمَّا حَكَمَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى الزَّوْجِ يَرْمِي الْمَرْأَةَ بِالْقَذْفِ وَلَمْ يَسْتَثْنِ أَنْ يُسَمِّيَ مَنْ يَرْمِيهَا بِهِ أَوْ لَمْ يُسَمِّهِ».

قال الماوردي: وجملته أنه إذا قذف زوجته برجل سماه فلا يخلو فيه من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يقيم البينة.

والثاني: أن يلتعن.

والثالث: أن لا يفعل واحداً منهما.

فأما الحال الأولى وهو أن يقيم البينة عليهما بالزنا فقد سقط عنه حد القذف لهما ووجب حد الزنا عليهما، وهذا متفق عليه، فإن أراد أن يلاعن بعد إقامة البينة على الزنا جاز ليرفع به الفراش، وينفي به النسب، لأنه لما جاز اللعان فيما لم يثبت من الزنا كان فيما ثبت أجوز.

فصل: أما الحال الثانية: وهو أنْ يلتعن، فهي مسألة الكتاب فلا يخلو حاله في لعانه من أحد أمرين: إما أن يذكر فيه من رماه بها أو لا يذكر، فإن ذكره في لعانه سقط عنه حد القذف لهما، ووجب به حد الزنا على الزوجة، ولم يجب به حد الزنا على المسمى معها، فإن قيل: فلم لا يتساويان في وجوب الحد عليهما باللعان كما استويا في وجوب الحد عليهما بالبينة؟

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن البينة عامة في حقوق الأزواج والأجانب واللعان خاص في حقوق الأزواج دون الأجانب.

والثاني: أنه لما كان للزوجة إسقاطه بلعانها جاز أن يجب عليها، ولما لم يكن للأجنبي إسقاطه بلعانه لم يجز أن يجب عليه، وإن لم يذكر الأجنبي المسمى في لعانه حين طالب بحد قذفه ففيه قولان:

أحدهما: قوله في «الإملاء»، «وأحكام القرآن»: ولا حد عليه لأمرين:

أحدهما: أن الأجنبي في اللعان تبع للزوجة، لأن اللعان لا يصح معه لو أفرد بالقذف، فإذا سقط حد الزوجة باللعان سقط حد من تبعها فيه.

والثاني: أنه قذف بفعل واحد فإذا تحقق باللعان فعله من أحدهما تحقق من الآخر، لأن الزنا لا يكون إلا من زانيين.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم والجديد، يحد للأجنبي إذا لم يسمه في لعانه لأمرين:

أحدهما: أن من لم يسم في اللعان لم يسقط حقه باللعان كالزوجة والولد.

والثاني: أنه لما لم يسقط قذف الأجنبي بعفو الزوجة لم يسقط اللعان منها، وخَرَجَ عن أن يكون فيه تبعاً لها، فعلى هذا يكون ذكر الأجنبي في اللعان شَرْطاً في سقوط قذفه.

وإن لم يكن ذكره فيه على القول الأول شرطاً، فإذا أخل بذكره قيل له: عليك له حد القذف إلا أن تلتعن ثانية من قذفه، فإن قيل: فكيف يجوز أن يفرد اللعان بقذفه وهو لو انفرد بالقذف لم يجز أن يفرد باللعان؟

قيل: لأن القذف إذا شارك فيه الزوجة جاز أن يكون في الالتعان منه مشاركاً للزوجة ولأجل ذلك يؤثر في إعادة اللعان من قذفه بإعادة ذكر الزوجة فيه ولا يفرد بالذكر دونها كما لو ذكره في اللعان الأول، وليس على الزوجة إعادة اللعان لسقوط الحد عنها باللعان الأول، وليس للأجنبي أن يلاعن بعد لعان الزوج بخلاف الزوجة، لأن الزوجة قد وجب عليها حد الزنا بلعان الزوج فجاز أن يتلاعن بعد لعانه ولم يجب على الأجنبي به حد، فلم يجز أن يلاعن بعد لعانه.

فصل: وأما الحالة الثالثة: فهو أن لا يقيم البينة ولا يلاعن، فقد صار قاذفاً لاثنين وقذف الاثنين ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقذفهمابزنائين بلفظين فيقول: زنيت يا زيد، وزنيت يا عمرو، أو يقول لرجل وامرأة: زنيت يا رجل بغير هذه المرأة، وزنيت يا امرأة بغير هذا الرجل، فعليه لكل واحد منهما حد القذف ولا يدخل أحد الحدين في الآخر.

والقسم الثاني: أن يقذفهما بزنائين بلفظ واحد فيقول لرجلين أو امرأتين زنيتما، ففي الحد لها قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، يحد لهما حد واحد؛ لأن اللفظ بقذفهما واحداً.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد يحد لهما حدين؛ لأنه قاذف لاثنين بزنائين فصار كقذفه لهما بلفظين.

والقسم الثالث: أن يقذفهما بزناء واحد فيقول لامرأة: زنيت بهذا الرجل، أو يقول لرجل: زنيت بهذه المرأة، فالصحيح ومما عليه جمهور أصحابنا أنه لا يجب فيه حداً واحداً، لأنه قذف بزنا واحد، ومن أصحابنا من خرجه على قولين كالزنائين بلفظ واحد، وليس بصحيح؛ لأن قذف الاثنين بالزنا الواحد قذف واحد وقذف الاثنين بزنائين قذفان فجاز أن يجب في القذف الواحد حد واحداً، وفي القذفين حدان، وإذا وجب في القذف بالزنا الواحد حد واحد فهو مشترك في حق المقذوفين به، فأيُّهما طالب بالحد فله أن يستوفيه كاملاً، لا يسقط بعفو أحدهما حتى يعفو عنه معاً، وإذا كان كذلك لم يخل حال الزوجة والأجنبي في قذف الزوج لهما من أربعة أحوال:

أحدهما: أن يصدقاه على الزنا فيسقط حد القذف عن الزوج ويجب حد الزنا عليهما، وللزوج أن يلاعن إن شاء لرفع الفراش ونفي النسب.

والحال الثانية: أن يكذباه ويطالباه بحدهما فيحد لهما حداً واحداً على الأصح من المذهب، ومن أصحابنا من خرجه على ما ذكرنا من القولين، ولو طالبه أحدهما وعفا عنه الآخر حد للطالب حَداً كامِلاً وله إسقاطه باللعان سواء طالبته به الزوجة أو الأجنبي لاختصاصه بالزوجة.

والحال الثالثة: أن تصدقه الزوجة ويكذبه الأجنبي. فقد سقط حد القذف عن الزوج في حق الزوجة لتصديقها، ولم يسقط عنه في حق الأجنبي لتكذيبه، وله أن يستوفيه كاملاً، ويجوز للزوج أن يلاعن منه في حق الأجنبي لاختصاصه بالزوجية ووجب على الزوجة حد الزنا بإقرارها وحد القذف للأجنبي لأنها صارت بالإقرار قاذفة له

والحال الرابعة: أن يصدقه وتكذبه الزوجة فيسقط الزوج حد القذف في حق الأجنبي لتصديقه، ولا يسقط عنه في حق الزوجة لتكذيبها ووجب على الأجنبي حد الزنا بإقراره وحد القذف للزوجة؛ لأنه صار بالإقرار قاذفاً لها، ولا يسقط حق القذف بالتعان الزوج منها، لأن اللعان لا يسقط حد القذف إلا في حق الزوج دون الأجانب ـ والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَرَمَى الْعَجْلَانِيُّ امْرَأَتَهُ بِابْنِ عَمِّهِ أَوْ بِابْنِ عَمِّهَا شُرَيْكِ بْنِ السَّحْمَاءِ وَذُكِرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ رَآهُ عَلَيْهَا وَقَالَ فِي الطَّلَاقِ مِنْ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ فَالْتَعَنَ وَلَمْ يُحْضِرْ ﷺ الْمَرْمِيَّ بِالْمَرْأَةِ فَاسْتَدْلَلْنَا عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا الْتَعَنَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الزَّوْجِ لِلَّذِي قَذَفَهُ بِامْرَأَتِهِ حَدٌّ وَلَوْ كَانَ لَهُ لَأَخَذَهُ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَبَعَثَ إِلَى الْمَرْمِيِّ فَسَأَلَهُ فَإِنْ أَقَرَّ حُدَّ وَإِنْ أَنْكَرَ حُدَّ لَهُ الزَّوْجُ وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَسَأَلَ النَّبِيُّ ﷺ شُرَيْكاً فَأَنْكَرَ فَلَمْ يُحَلِّفْهُ وَلَمْ يَحُدَّهُ بِالْتِعَانِ غَيْرِهِ وَلَمْ يَحُدَّ الْعَجْلَانِيَّ الْقَاذِفَ لَهُ بِاسْمِهِ».

قال الماوردي: أما رواية المزني هاهنا عن الشافعي: قال: رمى العجلاني امرأته بشربك بن السحماء، فقد قال أبو حامد الإسفراييني: إن المزني غلط على الشافعي في هذا النقل وأن هلال بن أمية هو الذي قذف زوجته بشريك بن السحماء دون العجلاني وقد حكاه الشافعي في «أحكام القرآن» عن هلال بن أمية، والمقصود بهذه الجملة شيئان:

أحدهما: أن الزوج إذا لاعن سقط عنه حد المقذوف بزوجته سواء سماه في لعانه أو لم يسمه، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السحماء، ولم يسمه في لعانه فلم يحده له ولو وجب الحد عليه لأعلم شريكاً به ليستوفيه إن شاء، وهذا أحد القولين إذا لم يذكره في التعانه.

والقول الثاني: يحد، ووجهه ما قدمناه وليس في ترك رسول الله ﷺ إعلام شريك دليل على سقوط الحد، لأن شريكاً قد علم بالحال فأمسك ولم يطالب، ولأن المدينة مع صغرها وقلة أهلها، واشتهار لعان هلال بن أمية في قذفه بمحضر من جمهور الصحابة، ولا يخفى على شريك وهو حاضر بالمدينة أنه مقصود بالقذف فإذا علم وأمسك لم يلزمه إعلامه، ولا استيفاء الحد له.

فصل: أما المقصود الثاني بهذه الجملة، فهو ما ظهر من اختلاف النقل فيها، لأن الشافعي قال في كتاب الطلاق من أحكام القرآن، ولم يحضر رسول الله ﷺ المرمي بالمرأة.

وقال في الأملاء على مسائل مالك: وسأل النبيّ ﷺ شريكاً فأنكر، فصار ظاهر هذا النقل مختلفاً، لأنه حكى أن شريكاً لم يحضر ثم أنه حضر وسئل، وإثبات الشيء ونفيه متناف مستحيل.

وعن هذا جوابان:

أحدهما: أنه ليس في هذا النقل خلاف مستحيل، لأن قوله: لم يحضر رسول الله ﷺ شريكاً ـ يعني وقت اللعان.

وقوله: وسأل رسول الله ﷺ شريكاً يعني وقت وضع الولد على شبهه لقوة الشبهة في صحة قذفه فلم يمتنع ذلك ولم يستحل.

والجواب الثاني: أن الشافعي أخذ عن الواقدي أو من كتابه أن النبي ﷺ لم يحضر شريكاً ولا سأله. فذكره الشافعي في «أحكام القرآن» وفرع عليه، ثم سمع من غير الواقدي أن رسول الله ﷺ أحضر شريكاً، أو حضر فسأله فأنكر فذكره في الإملاء على مسائل مالك وفرع عليه. ولم يرجع عما أخذه عن الواقدي إما لأنه لم يقطع بصحة أحد النقلين، وإما لأن يبين حكم كل واحد من النقلين، وإما لسهوه عن الأول لتشاغله بالمستقبل فكان هذا سبب ما اختلف فيه نقله والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «(وَقَالَ) فِي اللِّعَانِ لَيْسَ لِلإِمَام إِذَا رُمِيَ رَجُلٌ بِزِناً أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِ عَنْ ذَلِكَ لأَنَّ اللَّهَ يَقُولُ **﴿وَلاَ تَجسَّسُوا﴾** فَإِنْ شبه عَلَى أَحَدٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أنيساً إِلَى امْرَأَةِ رَجُلٍ فَقَالَ «إِنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا» فَتِلْكَ امْرَأَةٌ ذَكَرَ أَبُو الزَّانِي بِهَا أَنَّهَا زَنَتْ فَكَانَ يَلْزَمُهُ أَنْ يَسْأَلَ فَإِنْ أَقَرَّتْ حُدَّتْ وَسَقَطَ الْحَدُّ عَمَّنْ قَذَفَهَا وَإِنْ أَنْكَرَتْ حَدَّ قَاذِفِهَا وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ قَاذِفُهَا زَوْجَهَا (قال) وَلَمَّا كَانَ الْقَاذِفُ لامْرَأَتِهِ إِذَا الْتَعَنَ لَوْ جَاءَ الْمَقْذُوفُ بِعَيْنِهِ لَمْ يُؤْخَذْ لَهُ الْحَدُّ لَمْ يَكُنْ لِمَسْأَلَةِ الْمَقْذُوفِ مَعْنًى إِلاَّ أَنْ يَسْأَلَ لِيُحَدَّ وَلَمْ يَسْأَلْهُ ﷺ وَإِنَّمَا سَأَلَ الْمَقْذُوفَةَ وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَمُ لِلْحَدِّ الَّذِي يَقَعُ لَهَا إِنْ لَمْ تُقِرَّ بِالزِّنَا وَلَمْ يَلْتَعِنِ الزَّوْجُ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن الإمام إذا سمع قذفاً بالزنا فإنه ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يتعين فيه القاذف ولا يتعين المقذوف كأن سمع رجلاً يقول زنا رجل من جيراني، أو زنت امرأة من أهل بغداد، فالقاذف متعين والمقذوف غير متعين، فلا حد على القاذف للجهل بمستحق الحد، ولا يسأل عن تعيين المقذوف لقوله تعالى: **﴿لاَ تَسْأَلُوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾** [المائدة: ١٠١].

والقسم الثاني: أن يتعين فيه المقذوف ولا يتعين القاذف.

ومثاله: أن يقول رجل سمعت من يقول: أن فلاناً زنا، أو سمعت الناس

يقولون: زنا فلان، فلا حد على حاكي القذف، لأنه ليس بقاذف، ولا يسأله عن القاذف، لأن حق المطالبة لم يتوجه عليه بحد ولا يجوز للحاكم أو الإمام أن يسأل عن المقذوف هل زنا أم لا؟ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٢]. وقال النبيّ ﷺ لهزال: «هلا سترته بثوبك يا هزّال».

والقسم الثالث: أن يتعين فيه القاذف والمقذوف، كقول رجل للإمام: زنا فلان أو فلانة، فيكون القاذف والمقذوف معينين، فلا يجوز للإمام أن يسأل المقذوف هل زنا أم لا؟ لأن النبيّ ﷺ قال: «من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله عليه».

وهل يلزم الإمام إعلام المقذوف بحال قذفه ليطالب قاذفه بحده أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب على الإمام إعلامه بذلك لأنه قد وجب له بالقذف حق لم يعلم به فلزم الإمام حفظه عليه بإعلامه ليستوفيه إن شاء كما يلزمه إعلامه بما ثبت عنده من أمواله، لجمع رسول الله ﷺ بين الأموال والأعراض في قوله: «ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم» وعلى هذا الوجه أمر رسول الله ﷺ أنيساً حين أتاه رجل فقال: يا رسول الله إن ابني كان عسيفاً لهذا، وأنه زنا بامرأته، فقال: «يا أنيس أغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فكان إيفاد أنيس إليها لا ليسألها عن الزنى هل زنت أم لا؟ ولكن ليخبرها بحال قاذفها، فإن أكذبته وطلبت حده حد لها، وإن صدقته واعترفت بالزنا حدت.

والوجه الثاني: ليس على الإمام إعلامه، لأنها حدود تدرأ بالشبهات، وقد قال النبيّ ﷺ: «جنب المؤمن حمى».

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج إنه أن يعدي قذف الغائب إلى قذف حاضر مطالب كرجل قذف امرأته برجل سماه فلاعن الزوج منها لم يلزم الإمام إعلامه، لأن لعان الزوج يسقط من القذف في حق كل واحد منهما، ولذلك لم يعلم رسول الله ﷺ شريكاً حين قذفه هلال بن أمية بامرأته، وهكذا لو كان القذف من أجنبي لرجل وامرأة بزناها به فحضر أحدهما مطالباً بالحد لم يلزم الإمام إعلام الآخر، لأن الحاضر إذا استوفى الحد فهو في حقه وحق الغائب، لأن في زوال المعرة عن أحدهما بالحد في قذفهما زوالاً للمعرة عنهما، لأن الزنا واحد، فإذا لم يتصل قذف الغائب بحاضر فيطالب وجب على الإمام إعلام الغائب ليستوفي بالمطالبة حقه إن شاء كما أوفد أنيساً إلى المرأة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَأَيُّ الزَّوجَيْنِ كَانَ أَعْجَمِيًّا الْتَعَنَ بِلِسَانِهِ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ وأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً».

قال الماوردي: أما القذف بالأعجمية لمن يعرفها فكالقذف بالعربية في وجوب الحد فيه سواء كان عربياً أو أعجمياً، فأما اللعان بالأعجمية فإن كان ممن يحسن العربية جاز لعانه بالأعجمية، لأن اللعان إما أن يكون يميناً أو شهادة وكلاهما يجوز أن يكون بالأعجمية، وإن كان يحسن بالعربية نظر في أصل لسانه وعموم كلامه فإن كان عربي اللسان والكلام وهو يعرف الأعجمية لم يجز أن يلاعن إلا بالعربية لأمرين:

أحدهما: أن اللعان محمول الألفاظ على ما يقتضيه القرآن، فاقتضى أن يكون بلسانه العربي من العرب.

والثاني: أن في عدول العربي عن لسانه استرابة تضمن احتمالاً يمنع من تغليظ اللعان، فإن كان أصل لسانه أعجمياً، وهو يحسن العربية ففي جواز لعانه بالأعجمية وجهان:

أحدهما: ـ وهو قول أبي حامد الإسفراييني ـ لا يجوز أن يلاعن إلا بالعربية اعتباراً بلفظ القرآن المعول عليه في اللعان.

والوجه الثاني: يجوز أن يلاعن بالأعجمية اعتباراً بزوال الاسترابة من مثله في جريه على عادة لسانه.

فصل: فإن أراد الحاكم أن يلاعن بين الأعجميين بالأعجمية لم يخل أن يكون عارفاً بلسانهما أو غير عارف، فإن كان عارفاً بلسانهما لم يحتج إلى ترجمان وجعل الحاضرين للعانهما من يعرفون الأعجمية، أو يكون فيهم ممن يعرفها العدد المأمور به وهم أربعة، وإن كان الحاكم لا يعرف لسانهما احتاج إلى ترجمان، واختلف في الترجمة هل تكون خبراً أو شهادة.

فجعلهما أبو حنيفة خبراً واعتمد فيها على ترجمة الواحد كالأخبار، وهي عند الشافعي شهادة، لأن الحاكم يحكم بها على غير المترجم فيما لم يعلمه إلا من المترجم فصارت عنده شهادة بإقرار فاقتضى أن يجري عليها حكم الشهادات، وسنستوفي الكلام في موضعه من كتاب «الشهادات».

فصل: فإذا ثبت أن الترجمة شهادة فهي في هذا الموضع في لعان قد يجري عليه بعض أحكام الزنا والشهادة في الزنا معتبرة بما تضمنها فإن كانت على فعل الزنا لم تثبت بأقل من أربعة، وإن كانت على الإقرار بالزنا فعلى قولين:

أحدهما: أن الشهادة لا تكون بأقل من أربعة لأنها توجب حد الزنا كما توجبه الشهادة على فعل الزنا.

والقول الثاني: أنها تثبت بشاهدين، لأن الشهادة على فعل الزنا أغلظ من الشهادة على الإقرار بالزنا، لأن الشهادة على فعله إذا لم تكمل أوجبت حد القذف وعلى الإقرار به لا توجبه، وإذا كان كذلك فالترجمة لا يعتبر فيها عدد الشهود على فعل الزنا، وهل يعتبر فيها عدد الشهود على الإقرار به أم لا؟ على وجهين لأصحابنا:

أحدهما: يعتبر فيهم عدد الإقرار به، لأنه ربما تضمن اللعان إقراراً به، فعلى هذا يكون في أحد القولين أربعة وفي الثاني شاهدين.

والوجه الثاني: وهو أصحهما أنه يعتبر فيهم عدد الإقرار بغير الزنا في جواز الاقتصار على شاهدين لأنه ليس في المتلاعنين أقر بالزنا، فإن أقر به أحدهما اعتبر حينئذ في إقراره شهادة المقر فعلى هذا يحمل قول الشافعي أربعة على الاختيار دون الوجوب، أو على الجماعة الحضور دون المترجمين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِنْ كَانَ أَخْرَسَ يَفْهَمُ الإِشَارَةَ الْتَعَنَ بِالإِشَارَةِ وَإِنِ انْطَلَقَ لِسَانُهُ بَعْدَ الخَرَسِ لَمْ يَعُدْ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة في لعان الأخرس وذكرنا خلاف أبي حنيفة فيها ومنعه من لعان الأخرس وإن جوزناه، بما أغنى عن الإعادة، فلو لاعن الأخرس بالإشارة ثم انطلق لسانه لم يعد اللعان وأجزأ ما تقدم منه بالإشارة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «ثُمَّ تُقَامُ الْمَرْأَةُ فَتَقُولُ أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنَّ زَوْجِي فُلَاناً وَتُشِيرُ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ حَاضِراً لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا ثُمَّ تَعُودُ حَتَّى تَقُولُ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فَإِذَا فَرَغَتْ وَقَفَها الإِمَامُ وَذَكَّرَهَا اللَّهَ تَعَالَى وَقَالَ احْذَرِي أَنْ تَبُوئِي بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ إِنْ لَمْ تَكُونِي صَادِقَةً فِي أَيْمَانِكِ فَإِنْ رَآهَا تَمْضِي وَحَضَرَتْها امْرَأَةٌ أَمَرَهَا أَنْ تَضَعَ يَدَهَا عَلَى فِيهَا وَإِنْ لَمْ تَحْضُرْهَا وَرَآهَا تَمْضِي قَالَ لَهَا قُولِي وَعَلَيَّ غَضَبُ اللَّهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا فَإِذَا قَالَتْ ذَلِكَ فَقَدْ فَرَغَتْ قَالَ وَإِنَّمَا أَمَرْتُ بِوَقْفِهِمَا وَتَذْكِيرِهِمَا اللَّهَ لأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حَكَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ رَجُلاً حِينَ لَاعَنَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنِينَ أَنْ يَضَعَ يَدَهُ عَلَى فِيهِ فِي الْخَامِسَةِ وَقَالَ إِنَّهَا مُوجِبَةٌ».

قال الماوردي: وهذا مما قدمنا ذكره من صفة اللعان في المرأة بعد لعان الرجل واستوفينا حكمه بما أغنى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَمَّا ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الشَّهَادات أَرْبَعاً ثُمَّ فَصَّلَ بَيْنَهُنَّ بِاللَّعْنَةِ فِي الرَّجُلِ والْغَضَبِ فِي الْمَرْأَةِ دَلَّ عَلَى حَالِ افْتِرَاقِ اللِّعَانِ والشَّهَادَاتِ وأَنَّ اللَّعْنَةَ والغَضَبَ بَعْدَ الشَّهَادَةِ مُوجِبَانِ عَلَى مَنْ أُوجِبَا عَلَيْهِ بِأَنْ يَجْتَرِىءَ عَلَى الْقَوْلِ أَوِ الْفِعْلِ ثُمَّ عَلَى الشَّهَادَةِ بِاللَّهِ بَاطِلاً ثُمَّ يَزِيدُ فَيَجْتَرِىءُ عَلَى أَنْ يَلْتَعِنَ وَعَلَى أَنْ يَدْعُو بِلَعْنَةِ اللَّهِ فَيَنْبَغِي لِلإِمَامِ إِذَا عَرَفَ مِنْ ذَلِكَ ما جَهِلاَ أَنْ يَقِفَهُمَا نَظَراً لَهُمَا بِدَلاَلَةِ الْكِتَابِ والسُّنَّةِ».

قال الماوردي: وهذا مما أراد به الشافعي أبا حنيفة في إثبات اللعان يميناً حين جعله أبو حنيفة شهادة، وقد تقدم الكلام معه وعليه بما أقنع ـ والله أعلم ـ.

بَـابُ مَا يَكُونُ بَعْدَ الْتِعَانِ الزَّوْجِ مِنَ الْفُرْقَةِ وَنَفْيِ الْوَلَدِ وَحَدِّ الْمَرْأَةِ مِنْ كِتَابَيْنِ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذا أَكْمَلَ الزَّوْجُ الشَّهَادَةَ والالْتِعَانِ فَقَدْ زَالَ فِرَاشُ امْرَأَتِهِ وَلاَ تَحِلُّ لَهُ أَبَداً بِحَالٍ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ الْتَعَنَتْ أَوْ لَمْ تَلْتَعِنْ وَإِنَّمَا قُلْتُ هَذَا لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «لاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا» وَلَمْ يَقُلْ حَتَّى تُكَذِّبَ نَفْسَكَ وَقَالَ فِي الْمُطَلَّقَةِ ثَلاَثاً «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» وَلَمَّا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» وَكَانَتْ فِراشاً لَمْ يَجُزْ أَنْ يَنْفِيَ الْوَلَدَ عَنِ الْفِرَاشِ إِلاَّ بِأَنْ يَزُولَ الْفِرَاشُ وَكَانَ مَعْقُولاً فِي حُكْمِ رَسُولِ ٱللَّهِ ﷺ إِذْ أَلْحَقَ الْوَلَدَ بِأُمِّهِ أَنَّهُ نَفَاهُ عَنْ أَبِيهِ وَإِنَّ نَفْيَهُ عَنْهُ بِيَمِينِهِ بِالْتِعَانِهِ لاَ بِيَمِينِ الْمَرْأَةِ عَلَى تَكْذِيبِهِ بِنَفْيِهِ وَمَعْقُولٌ فِي إِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ لَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ وَجُلِدَ الْحَدَّ إِذْ لاَ مَعْنَى لِلْمَرْأَةِ فِي نَفْسِهِ وَأَنَّ الْمَعْنَى لِلزَّوْجِ فِيما وَصَفْتُ مِنْ نَفْيِهِ وَكَيْفَ يَكُونُ لَهَا مَعْنًى فِي يَمِينِ الزَّوْجِ وَنَفْيِ الْوَلَدِ وَإِلْحَاقِهِ وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا لاَ يَخْتَلِفُ فِيهِ أَهْلُ الْعِلْمِ مِنْ أَنَّ الأُمَّ لَوْ قَالَتْ لَيْسَ هُوَ مِنْكَ إِنَّما اسْتَعَرْتُهُ لَمْ يَكُنْ قَوْلُهَا شَيْئاً إِذَا عُرِفَ أَنَّها وَلَدَتْهُ عَلَى فِرَاشِهِ إِلاَّ بِلِعَانٍ لأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ دُونَ الأُمِّ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ هُوَ ابْنِي وَقَالَتْ بَلْ زَنَيْتَ فَهُوَ مِنْ زِناً كَانَ ابْنَهُ أَلاَ تَرَى أَنَّ حُكْمَ الْوَلَدِ فِي النَّفْيِ والإِثْبَاتِ إِلَيْهِ دُونَ أُمِّهِ فَكَذَلِكَ نَفْيُهُ بِالْتِعَانِهِ دُونَ أُمِّهِ».

قال الماوردي: وقصد الشافعي بهذه الجملة الكلام على فصلين:

أحدهما: أن أحكام اللعان مختصة بلعان الزوج وحده.

والثاني: أن تحريم اللعان مؤبد لا يزول وإن أكذب نفسه.

فأما الفصل الأول من أحكام اللعان فقد ذكرنا أن أحكام اللعان أربعة وخامس يختص بالزوجة، فأما الأربعة، فارتفاع الفراش، وتأبيد التحريم ونفي النسب، وسقوط حد القذف، وأما الخامس المختص بالزوجة فهو وجوب حد الزنا عليها إلا أن تلتعن، وهذه الأحكام الخمسة ثبتت بالتعان الزوج وحده ولعان الزوجة مقصور على سقوط الزنا عنها.

وعلق مالك جميع هذه الأحكام بلعانهما معاً، وعلقها أبو حنيفة بلعانهما وحكم الحاكم، وقَدْ مَضَى الكلام معهما.

وأما الفصل الثاني في تأبيد التحريم، فعند الشافعي أن تحريم اللعان مؤبد لا يزول أبداً، فإن أكذب نفسه بعد التعانه لزمه من الأحكام الأربعة ما كان عليه وذلك شيئان ـ وجود الحد، ولحوق النسب، وبقي ما كان له من رفع الفراش وتأبيد التحريم بحاله، فلا تحل له وإن أكذب نفسه.

وبه قال من الصحابة عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الزهري ومن الفقهاء، مالك، والأوزاعي، والثوري، وأبو يوسف، وأحمد، وإسحاق، وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا أكذب نفسه حلت له وكذلك لو وجد في لعانه حد في قذف فلم يجعل تحريم اللعان مؤبداً.

وقال سعيد بن المسيب: إن أكذب نفسه حلت له بالعَقْد الأول من غير نكاح مستجد.

وقال سعيد بن جبير: إن أكذب نفسه وهي في العدة حلت له، وإن أكذب نفسه بعد انقضاء عدتها لم تحل له أبداً.

وقال الحسن البصري: إذا أكذب نفسه لم يلحق به النسب كما لا يرتفع به التحريم.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة بعموم قوله تعالى: ﴿وأُحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤]. وهذه من وراء ذلك فحلت له، ولأنه تحريم يختص بالزوجية فلم يتأبد كالطلاق وخالف تحريم الرضاع لأنه لا يختص بالزوجية، ولأنه تحريم إذا عري عن الحرمة لم يتأيد ثبوته كالردة طرداً والرضاع عَكْساً، ولأن ما استفيد حكمه باللعان جاز أن لا يتأبد ثبوته كالنسب.

ودليلنا رواية محمد بن زيد عن سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ أنه قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً».

وروى الزهري عن سهل بن سعد: أنَّ عويمر العجلاني لاعن امرأته ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال: «لا يجتمعان أبداً» فدل هذا الخبران على تأبيد التحريم من وجهين:

أحدهما: نصّ عليه.

والثاني: أنه لو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما قال في الطلاق الثلاث ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ومن القياس: أنه تحريم عقد لا يرتفع بغير تكذيب وحد فوجب أن لا يرتفع بالتكذيب والحد كالمصاهرة، ولأنه لفظ موضوع للفرقة فوجب أن لا يرتفع تحريمه بالتكذيب كالطلاق، ولأن تحريم الزوجة ينقسم أربعة أقسام: منها تحريم يرتفع بغير عقد كالطلاق الرجعي مع بقاء العدة.

ومنها تحريم يرتفع بعقد كالطلاق الرجعي بعد العدة.

ومنها تحريم بعقد وإصابة زوج كالطلاق الثلاث

ومنها تحريم مؤيد كتحريم المصاهرة والرضاع، فلما لم يكن تحريم اللعان ملحقاً بالأقسام الثلاثة في شروط الإباحة وجب أن يكون ملحقاً بالرابع في تأبيدالتحريم فأما عموم الآية فمخصوص بنص السُّنَّة، وأما قياسهم على تَحْريم الطَّلاق فالجواب عنه مع تسليم الوصف المتنازع فيه هو أن الطَّلاق لما كان منه ما لا يرتفع العقد ضعف عن تحريم الأبد، وخالف تحريم ما لا يصح أن يثبت معه العقد لقوته أما قياسهم على الردة فالجواب عنه أن الردة قد لا تقع بها الفرقة إذا عاد إلى الإسلام في العدة لم يتأبد تحريمها إذا وقعت الفرقة بخلاف اللِّعان.

وأما قياسهم على النَّسَب فالمعنى فيه أنه حق عليه فجاز أن يلحقه بالتكذيب، وارتفاع التحريم حق له فلم يقبل منه فصار في النسب مقراً وفي ارتفاع التحريم مدعياً والإقرار ملزم والدعوى غير ملزمة، وهو دليل على الحسن البصري.

فصل: وإذا لاعن زوجته وهي أمة ثم ابتاعها حرم عليه الاستمتاع بها لتأبيد تحريمها عليه باللعان، ولو طلق زوجته الأمة ثلاثاً حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره فإن ابتاعها ففي إحلالها له قبل زوج وجهان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي أنها على تحريمها كالملاعنة إذا اشتراها ـ فلا تحل له بعد الملك حتى تنكح زوجاً غيره.

والوجه الثاني: أنها تحل له بالملك قبل زوج، لأن تحريم الطلاق مختص بالنكاح ولذلك لم يقع في النكاح الفاسد، وتحريم اللِّعان غير مختص بالنكاح لوقوعه في النكاح الفاسد ووطء الشبهة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ إِذَا الْتَعَنَ ثُمَّ قَالَتْ صَدَقَ إِنِّي زَنَيْتُ فَالْوَلَدُ لاَحِقٌ وَلاَ حَدَّ عَلَيْهَا وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مَحْدُودَةً فَدَخَلَ عَلَيْهِ أَنْ لَوْ كَانَ فَاسِقاً قَذَفَ عَفِيفَةً مُسْلِمَةً والْتَعَنَا نُفِيَ الْوَلَدُ وَهِيَ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ أَصْدَقُ مِنْهُ وإِنْ كَانَتْ فَاسِقَةً فَصَدَّقَتْهُ

لَمْ يُنْفَ الْوَلَدُ فَجَعَلَ وَلَدَ الْعَفِيفَةِ لاَ أَبَ لَهُ وأَلْزَمَهَا عَارَهُ وَوَلَدُ الْفَاسِقَةِ لَهُ أَبٌ لاَ يُنْفَى عَنْهُ».

قال الماوردي: أراد الشافعي أبا حنيفة في الرجل إذا قذف زوجته بالزنا فصدقته لم يكن له أن يلاعن منها، ولا ينتفي من ولدها، ولا يوجب حد الزنا، وبنى ذلك على أصلين له:

أحدهما: أن اللعان شهادة والشهادة لا تقام على معترف.

والثاني: أن الإقرار بالزنا لا يوجب الحد عنده حتى يتكرر أربع مرات في أربعة مجالس فجوز له نفي ولد العفيفة وألحق به ولد الزانية، وفي هذا القول من الشناعة ما يدل على وهاء أصوله فيه، وقد مضى الكلام معه في اللعان أنه يمين، وسيأتي الكلام معه في الإقرار بالزنا من أنه يوجب الحد، ومذهب الشافعي في المصدقة على الزنا المعترفة به أنه لا يخلو أن تصدق الزوج قبل لعانه أو بعده، فإن صدقته بعد لعانه ثبتت أحكام اللعان به من وقوع الفرقة وتحريم التأبيد ونفي النسب، وليس لإقرارها بالزنا بعد لعان الزوج تأثير إلا في منعها من الالتعان بعده، لأن لعانها لإسقاط حد الزنا عنها بلعان الزوج والمقرة بالزنا يوجب الحد عليها بالإقرار ولا يسقط عنها باللعان، فإن رجعت عن الإقرار صار الحد واجباً عليها باللعان دون الإقرار، لأن الرجوع في الإقرار بالزنا مقبول في سقوط الحد وجاز لها أن تلاعن لإسقاط الحد الواجب عليها بلعان الزوج، فأما إن صدقته على الزنا قبل لعانه أو في تضاعيفه فقد سقط حد القذف عن الزوج بتصديقه، فإن كان له ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه لأنه لما جاز له أن ينفي ولد المكذبة الظاهرة العفة فلأن ينفي ولد المصدقة الظاهرة الفجور أولى، وإن لم يكن لها ولد ففي جواز لعانه وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يلاعن، لأن اللعان موضوع لسقوط الحد ونفي النسب وقد سقط عنه الحد بتصديقها وعدم الولد الذي يحتاج إلى نفيه.

والوجه الثاني: يجوز أن يلاعن لوقوع الفرقة وتأبيد التحريم وليس للزوجة أن تلاعن بعد لعانه ما أقامت على الإقرار بالزنا فإن رجعت عنه لاعنت.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وأَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ يُكْمِلُ الزَّوْجُ اللّعَانَ وَرِثَ صَاحِبَهُ وَالْوَلَدُ غَيْرُ مَنْفِيٍّ حَتَّى يَكْمُلَ ذَلِكَ كُلُّهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا مات أحد الزوجين عند الشروع في اللعان وقبل كماله توارثا، ونظر فإن كان الميت منهما هي الزوجة فقد بانت بالموت ولا يخلو حالها من أن تكون ذات ولد أو لا ولد لها، فإن كانت ذات ولد فله أن يلاعن لنفيه

ويبنى على ما مضى من لعانه قبل موتها، فإن كان الولد قد مات جاز أن يلاعن لنفيه بعد موته، ولا يرث الولد وإن ورث الزوجة.

والفرق بينهما: أن وقوع الفرقة لا يمنع من صحة الزوجية قبل الفرقة، ونفي الولد يمنع من نسبته قبل النفي، فلذلك ورث الزوجة إذا ماتت قبل لعانه، ولم يرث الولد إذا مات قبل لعانه، وإن لم يكن للزوجة ولد زال حكم نفيه باللعان وبقي حد القذف وهو عندنا موروث فإن طالبه به الورثة كان للزوج أن يلاعن لإسقاطه ولا يمنعه اللعان لإسقاطه ولنفي الولد من ميراثها لوقوع الفرقة بالموت لا باللعان، فإن قيل: أفليس إذا ورثها ورث حقه من حد قذفها؟ فهلا سقط عنه الحد كما يسقط عنه بالقصاص إذا ورث بعضه؟.

قيل: لأن ميراث القصاص مشترك على الفرائض فإذا ورث بعضه سقط عنه لأنه لا يتبعض وليس كذلك حد القذف، لأن كله ميراث لكل واحد من الورثة فكان لكل واحد منهم أن يستوفيه كله، فإن عفى الوارث عن الحد لم يكن للزوج أن يلاعن لأن الفراش قد ارتفع بالموت، والحد قد سقط بالعفو وليس هناك ولد ينفى فلم يبق ما يحتاج فيه إلى اللعان فلذلك سقط، فأما إن لم يكن لها وارث ففي قيام الإمام في استيفاء الحد لها وجهان:

أحدهما: له أن يستوفيه، لأن الإمام مقام الورثة في المال فقام مقامهم في استيفاء الحد. فعلى هذا يجوز للزوج أن يلاعن لإسقاطه.

والوجه الثاني: أنه ليس للإمام أن يستوفيه وإن استوفى ميراثها لبيت المال، لأن لبيت المال حقوقاً مستفادة تخالف حد القذف، فعلى هذا لا يجوز للزوج أن يلاعن.

فصل: وإن كان الميت قبل إكمال اللعان هو الزوج فللزوجة ميراثها منه لبقاء الزوجية إلى الموت والولد لاحق به، ولا يجوز للورثة نفيه وهو وارث معهم، لأن اللعان لا يتولاه إلا زوج. وحد القذف قد بطل استيفاؤه بموت من لزمه وليس له تعلق بالمال كالقصاص فلذلك بطل حكمه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «فَإِنْ امْتَنَعَ أَنْ يُكْمِلَ اللِّعَانَ حُدَّ لَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شرع في اللعان إما في حياتها أو بعد موتها، ثم امتنع أن يكمله حد لها حد القذف سواء بقي من لعانه أقله أو أكثره، وحتى لو أتى بالشهادات الأربع وبقيت اللعنة الخامسة حد لها كما لو لم يأت بشيء من لعانه ولا يتسقط الحد على أعداد اللعان لأمرين:

أحدهما: أن اللعان في سقوط حد القذف عنه ووجوب حد الزنا عليها كالبينة يقيمها ولو أقام عليها بالزنا أقل من أربعة شهود حد ولم يكن لمن شهد عليها تأثير كذلك اللعان.

والثاني: أن الحكم إذا تعلق بعدد من الأيمان لم يتعلق ببعضها كالقسامة، وكذلك في اللعان، وهكذا لو شرعت الزوجة في اللعان بعد التعان الزوج ثم امتنعت من إتمامه حدت حد الزنا وكان ما مضى من لعانها ملغى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وإنْ طَلَبَ الْحَدَّ الَّذِي قَذَفَهَا بِهِ لَمْ يُحَدَّ لأَنَّهُ قَذْفٌ وَاحِدٌ حُدَّ فِيهِ مَرَّةً وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ فَلاَ يُنْفَى إلاَّ عَلَى مَا نَفَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَذَلِكَ أَنَّ الْعَجْلاَنِيَّ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَنَفَى حَمْلَهَا لَمَّا اسْتَبَانَهُ فَنَفَاهُ عَنْهُ بِاللعَانِ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وذكرنا أنه إذا قذف زوجته برجل سماه، فإن التعن الزوج وسماه في لعانه سقط حد قذفها وإن لم يسمه ففي وجوب الحد عليه لقذفه قولان:

أحدهما: لا يحد ولا يجوز له إعادة اللعان من أجله.

والثاني: يحد ويجوز له أن يسقط بلعانه، فأما إذا لم يلتعن من زوجته وحد لها ثم جاء المسمى بها مطالباً فالمذهب أنه لا يحد له وعلل الشافعي بأنه قذف واحد قد حد فيه مرة يعني أن الزنا الذي قذفهما به واحد فلم يجب فيه إلا حد واحد وقد استوفى منه فلم يعد عليه، وقد وهم بعض أصحابنا فخرج قولاً آخر أنه يحد من اختلاف قوله فيمن قذف جماعة بكلمة واحدة، وقد ذكرنا من الفرق بينهما ما يمنع من صحة هذا التخريج، فإن قيل بتخريجه في وجوب الحد عليه ففي جواز لعانه منه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يلاعن منه، لأنه قذف قد كان اللعان فيه مجوزاً في حق كل واحد منهما.

والثاني: لا يجوز لأنه تبع لحد الزوجة في اللعان فلم يجز مع سقوط اللعان في حق الزوجة أن يفرد باللعان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَكْمَلَ اللِّعَانَ وامْتَنَعَتْ مِنَ اللِّعَانِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ أَوْ فِي بَرْدٍ أَوْ حَرٍّ وَكَانَتْ ثَيِّباً رُجِمَتْ وَإِنْ كَانَتْ بِكْراً لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَصِحَّ وَيَنْقَضِي الْحَرُّ وَالْبَرْدُ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ الآيَةَ والْعَذَابُ الْحَدُّ فَلاَ يُدْرَأُ عَنْهَا إلاَّ بِاللِّعَانِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن لعان الزوج مسقط لحد القذف عنه، ولعان الزوجة بعده مسقط لحد الزنا عنها.

وقال أبو حنيفة: لا حد على واحد منهما وعليهما اللعان فأيهما امتنع منه حبس حتى يلعن.

وقال أبو يوسف: يحد الزوج ولا يحبس، ولا تحد الزوجة وتحبس حتى تلاعن، وقد مضى الكلام فيه بما أقنع، فإذا امتنعت الزوجة من اللعان وجب حد الزنا عليها، وكان معتبراً بحالها فإن كانت بكراً فعليها جلد مائة وتغريب عام، وإن كانت ثيباً فالرجم.

فإن كانت صحيحة والزمان معتدلاً أقيم عليها كل واحد من الحدين إذا كانت من أهله سواء كان جلداً أو رجماً، وإن كان الزمان خارجاً عن الاعتدال بشدة حر أو شدة برد أخر جلدها إلى زمان الاعتدال لئلا يفضي بحده الزمان إلى تلفها، ولا يؤخر رجمها لأن المقصود بالرجم تلفها، وإن كانت مريضة فإن كان حدها الرجم رجمت في المرض، وإن كان حدها الجلد روعي مرضها، فإن كان مرجو الزوال أنظرت إلى وقت الصحة ثم جلدت، وإن لم يرج زواله جلدت بما يؤمن به تلفها من أثكال النخل وأطراف النعال، وخالف الرجم المقصود به التلف.

وقال بعض أصحابنا: يؤخر رجمها في المرض إذا وجب الحد عليها بإقرار ولعان حتى برأ، ولا يؤخر إذا وجب ببينة لأن الحد لا يسقط بعد قيام البينة ويسقط إذا وجب باللعان بالإجابة إليه.

وقال آخرون منهم بالإقرار بعكس هذا أنه يؤخر إذا وجب بالبينة لجواز رجوعها ولا يؤخر إذا وجب بالإقرار واللعان لأنه قد أسقط بذلك حرمة نفسه، وكلا المذهبين فاسد؛ لأن حرمة النفس تسقط بالبينة كسقوطها بالإقرار. ويمكن رجوع البينة كما يمكن الرجوع في الإقرار، فلم يكن للفرق بينهما وجه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَزَعَمَ بَعْضُ النَّاسِ لَا يُلَاعِنُ بِحَمْلٍ لَعَلَّهُ رِيحٌ فَقِيلَ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ أَحَاطَ العِلْمُ بِأَنْ لَيْسَ حَمْلٌ أَمَا تَلَاعَنُ بِالْقَذْفِ؟ قَالَ بَلَى قِيلَ فَلِمَ لَا يُلَاعَنُ مَكَانَهُ؟»».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه يجوز أن يلاعن من الحامل، وينفي حملها قبل الولادة.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يلاعن من حامل حتى تضع. وإن خالف ولاعن في حملها سقط عنه الحد بلعانه ولم ينتف عنه الحمل بلعان، وصار لاحقاً به بعد الولادة، ولا سبيل إلى نفيه، وهذا قول خالف فيه السنة، لأن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وهي حامل ولاعن بين هلال بن أمية وامرأته وهي حامل، ولأن الحمل إن كان

غلظاً أو ريحاً فهي حائل ويجوز أن يلاعن عنها، وإن كان صحيحاً فهي كذات ولد، فهلا لاعن منها، وقد مضى من الكلام معه في ذلك بما أغنى.

وإن كان لعانه من الحامل جائزاً فهو مخير فيه بين أن يعجل نفيه قبل وضعه فينتفي عنه واحداً كان أو جماعة، أو يؤخر نفيه حتى تضع، لأنه غير متبين قبل الولادة فإن عجل باللعان قبل الولادة لإسقاط الحد عنه ولم ينتف به الحمل كان له إذا ولدت وأراد نفيه أن يستأنف لنفيه لعاناً ينفرد به الزوج دون الزوجة، ولم يكن تأخيره في وقت الحمل مانعاً من جواز نفيه بعد الوضع؛ لأنه كان مظنوناً غير متيقن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَزَعَمَ لَوْ جَامَعَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ بِحَمْلِهَا فَلَمَّا وَضَعَتْ تَرَكَهَا تِسعاً وَثَلاَثِينَ لَيْلَةً وَهِيَ فِي الدَّمِ مَعَهُ فِي مَنْزِلِهِ ثُمَّ نَفَى الوَلَدَ مَعَهُ كَانَ ذَلِكَ لَهُ فَيَتْرُكَ مَا حَكَمَ بِهِ ﷺ لِلْعَجْلاَنِيِّ وَامْرَأَتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ اللِّعَانِ وَنَفَى الوَلَدَ عَنْهُ كَمَا قُلْنَا وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَا قُلْنَا سُنَّةً كَانَ يَجْعَلُ السُّكَاتَ فِي مَعْرِفَةِ الشَّيْءِ فِي مَعْنَى الإِقْرَارِ فَزَعَمَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا عَلِمَ فَسَكَتَ فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالتَّسْلِيمِ وَفِي العَبْدِ يَشْتَرِيهِ إِذَا اسْتَخْدَمَهُ رَضِيَ بِالْعَيْبِ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ فَحَيْثُ شَاءَ جَعَلَهُ رِضاً ثُمَّ جَاءَ إِلَى الأَشْبَهُ بِالرِّضَا والإِقْرَارِ فَلَمْ يَجْعَلْهُ رِضاً وَجَعَلَ صَمْتَهُ عَنْ إِنْكَارِهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً كَالإِقْرَارِ وَأَبَاهُ فِي تِسْعٍ وَثَلاَثِينَ فَمَا الفَرْقُ بَيْنَ الصَّمْتَيْنِ».

قال الماوردي: وصورتها أن يؤخر الزوج نفي الحمل حتى تضع، فله أن يعجل نفي الولد بعد الوضع وعلى الفور فإن أخر نفيه مع القدرة على التعانه لعن به ولم يكن له نفيه وقال أبو حنيفة، ومحمد: القياس أن يكون نفيه على الفور وله أن يؤخر نفيه يوماً أو يومين استحساناً.

وقال أبو يوسف: له نفيه في مدة النفاس إلى أربعين يوماً، وليس له نفيه بعدها.

وقال مجاهد، وعطاء: له نفيه على التراخي متى شاء، وهذا خطأ؛ لأن خيار نفيه لعيب دخل على فراشه فجرى مجرى خيار العيوب المستحقة على الفور، لأنه لو قدر بمدة لوجب أن يقدر بالشرع دون الاستحسان، ولأن الثلاث في الخيار حد مشروع وليس بمعتبر في خيار نفيه فأولى أن لا يعتبر ما سواه، لأن مدة النفاس بعض أحوال الولادة فلم يكن اعتبارها في خيار نفيه بأولى من مدة الحمل في أقله أو أكثره أو بمدة رضاعه، فإن قيل: فلم كان نفيه في الحمل على التراخي وبعد الولادة على الفور؟ قيل: لأنه قبل الولادة مظنون وبعدها متقين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَزَعَمَ بِأَنَّهُ اسْتَدَلَّ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا أَوْجَبَ عَلَى الزَّوْجِ الشَّهَادَةَ لِيَخْرُجَ بِهَا مِنَ الحَدِّ فَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنْ مَعْنَى القَذْفِ لَزِمَهُ الحَدُّ قِيلَ لَهُ وَكَذَلِكَ

كُلُّ مِنْ أَحْلَفْتُهُ لِيَخْرُجَ مِنْ شَيْءٍ وَكَذَلِكَ قُلْتُ إِنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ فِي مَالٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ جُرْحِ عَمْدٍ حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ كُلِّهِ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَلِمَ لاَ تَقُولُ فِي المَرْأَةِ إِنَّكَ تُحْلِفُهَا لِتَخْرُجَ مِنَ الحَدِّ وَقَدْ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهَا تَدْرَأُ بِذَلِكَ عَنْ نَفْسِهَا العَذَابَ فَإِذَا لَمْ تَخْرُجْ مِنْ ذَلِكَ فَلِمَ لَمْ تُوجِبْ عَلَيْهَا الحَدَّ كَمَا قُلْتَ فِي الزَّوْجِ وَفِيمَنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ وَلَيْسَ فِي التَّنْزِيلِ أَنَّ الزَّوْجَ يَدْرَأُ بِالشَّهَادَةِ حَدًّا وَفِي التَّنْزِيلِ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَدْرَأَ بِالشَّهَادَةِ العَذَابَ وَهُوَ الحَدُّ عِنْدَنَا وَعِنْدَكَ وَهُوَ المَعْقُولُ والقِيَاسُ وَقُلْتُ لَهُ لَوْ قَالَتْ لَكَ لِمَ حَبَسْتَنِي وَأَنْتَ لاَ تَحْبِسُ إِلاَّ بِحَقٍّ؟ قَالَ أَقُولُ حَبَسْتُكِ لِتَحْلِفِي فَتَخْرُجِي بِهِ مِنَ الحَدِّ فَقَالَتْ فَإِذَا لَمْ أَفْعَلْ فَأَقِمِ الحَدَّ عَلَيَّ قَالَ لاَ قَالَتْ فَالْحَبْسُ حَدٌّ قَالَ لاَ فَقَالَ قَالَتْ فَالْحَبْسُ ظُلْمٌ لاَ أَنْتَ أَقَمْتَ عَلَيَّ الحَدَّ وَلاَ مَنَعْتَ عَنِّي حَبْساً وَلَنْ تَجِدَ حَبْسِي فِي كِتَابٍ وَلاَ سُنَّةٍ وَلاَ إِجْمَاعٍ وَلاَ قِيَاسٍ عَلَى أَحَدِهَا قَالَ فَإِنْ قُلْتُ فَالعَذَابُ الحَبْسُ فَهَذَا خَطَأٌ فَكَمْ ذَلِكَ مِائَةَ يَوْمٍ أَوْ حَتَّى تَمُوتَ وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ أَفَتَرَاهُ عَنَى الحَدَّ أَمِ الحَبْسَ؟ قَالَ بَلِ الحَدَّ وَمَا السِّجْنُ بِحَدٍّ وَالعَذَابُ فِي الزِّنَا الحُدُودُ وَلَكِنِ السِّجْنُ قَدْ يَلْزَمُهُ اسْمُ عَذَابٍ قُلْتُ والسَّفَرُ والدَّهَقُ والتَّعْلِيقُ كُلُّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ اسْمُ عَذَابٍ قَالَ والَّذِينَ يُخَالِفُونَنَا فِي أَنْ لاَ يَجْتَمِعَا أَبَداً وَرُوِيَ فِيهِ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ لاَ يَجْتَمِعُ المُتَلاَعِنَانِ أَبَداً رَجَعَ بَعْضُهُمْ إِلَى مَا قُلْنَا وأَبَى بَعْضُهُمْ».

قال الماوردي: وهذا أراد به أبا يوسف، فإن أبا يوسف يوجب الحد على الزوج إذا امتنع من اللعان، ولا يوجب الحد على الزوجة إذا امتنعت منه ويحسبها حتى تلاعن.

وقال أبو حنيفة: لا يحدان معاً ويحبسان حتى يلاعنان، وعلى مذهب الشافعي: أنهما يحدان ولا يحسبان، فصار أبو يوسف موافقاً لأبي حنيفة في حبس الزوجة، وموافقاً للشافعي في حد الزوج، وحبس كل واحد منهما خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَيَدْرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٤٨]. فدل على أن تركها للشهادة موجب لتوجه العذاب عليها.

فإن قال: فالحبس عذاب، قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] أفيحبس الشهود معهما؟ ثم يقال له: جعلت الحبس عذاباً لهما؛ لأنه العذاب المخصوص بالزنا والقذف، أو لأنه نوع من أنواع العذاب فإن قال: لأنه العذاب المخصوص بالزنا قيل إن الله تعالى عذب الزاني بالحد لا بالحبس. وإن

أوجب الحبس؛ لأنه نوع من العذاب، قيل له: لم خصصت الحبس من بين أنواعه؟ هلا عدلت إلى الدهق، والتعليق والإعزار والتجويع، ثم يقال له: أحبستهما على حق أو غير حق؟.

فإن قال: لحق، قيل هلا استوفيت ذلك الحق ومنعت من الحبس؟ فإن قال: إنه لا يستوفى إلا منها فلذلك حبست عليه، قيل له: فما ذلك الحق؟ فإن ذكره لم يجب الحبس، وإن لم يذكره علم أنه ليس عليها عنده حق، ثم يقال لأبي يوسف: حددت الزوج ولم يدرأ الله عنه العذاب بلعانه، ولم تحد الزوجة وقد درأ الله تعالى بلعانها الحد عنها فكان عكس مقالتك أولى لو كان بينهما فرق والله أعلم.

بَابُ مَا يَكُونُ قَذْفاً وَلاَ يَكُونُ
وَنَفْيِ الوَلَدِ بِلاَ قَذْفٍ وَقَذْفِ ابْنِ المُلاَعِنَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَلَدَتِ امْرَأَتُهُ وَلَداً فَقَالَ لَيْسَ مِنِّي فَلاَ حَدَّ وَلاَ لِعَانَ حَتَّى يَقِفَهُ فَإِنْ قَالَ لَمْ أَقْذِفْهَا وَلَمْ تَلِدْهُ أَوْ وَلَدَتْهُ مِنْ زَوْجٍ قَبْلِي وَقَدْ عُرِفَ نِكَاحُهَا قَبْلَهُ فَلاَ يَلْحَقُهُ إِلاَّ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ تَشْهَدُ أَنَّها وَلَدَتْهُ وَهِيَ زَوْجَةٌ لَهُ لِوَقْتٍ يُمْكِنُ أَنْ تَلِدَ مِنْهُ فِيهِ لأَقَلِّ الحَمِلِ وَإِنْ سَأَلَتْ يَمِينَهُ أَحْلَفْنَاهُ وَبَرِىءَ وَإِنْ نَكَلَ أَحْلَفْنَاهَا وَلَحِقَهُ فَإِنْ لَمْ تَحْلِفْ لَمْ يَلْحَقْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أتت امرأته بولد فقال: هذا الولد ليس مني لم يكن ذلك قذفاً صريحاً لاحتماله فيؤخذ ببيان مراده، وله في البيان أربعة أحوال: أن يبينه بما يكون قذفاً وهو أن يقول: أردت بذلك أنها زنت فجاءت به من الزنا فيصير قاذفاً وعليه الحد إلا أن يلاعن.

والحال الثانية: أن يبين فيقول: أردت أنه ليس مني شبهاً فلا يشبهني خلقاً وخلقاً، ولم يكن قاذفاً ولا حد عليه فإن ادعت أنه أراد به القذف حلف وبرىء، وإن نكل ردت اليمين عليها فإن حلفت صار قاذفاً وحد إلا أن يلاعن وليس له نفي الولد، لأنه لم يجحد نسبه.

فصل: والحال الثالثة: أن يبين ذلك أنها لم تلده وإنما التقطته، فالقول قوله إلا أن تقيم بينة على ولادتها؛ لأن إقامة البينة على الولادة ممكنة، لأن الولادة لا تخلو في الأغلب من حضور النساء لها، والبينة أربع نسوة يشهدن بولادتها كالرضاع والاستهلال، فإن شهد بها شاهدان، أو شاهد وامرأتان ذكرا مشاهدة الولادة بالاتفاق من غير تعمد النظر سمعت شهادتهما؛ لأن شهادة الرجل أغلظ، فإذا قامت البينة بولادتها ثبت نسبه ولم ينتف عنه إلا باللعان، فإن عدمت البينة فهل ترجع إلى القافة في إلحاقه بها؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع إلى القافة كما يرجع إليهم في إلحاقه بالرجل، فعلى هذا إن ألحقوه بها صار كالبينة على ولادتها فيلحق بها وبزوجها إلا أن ينفيه باللعان.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يرجع إلى القافة في إلحاق الولد بالأم ويجوز أن

يرجع إليهم في إلحاقه بالأب والفرق بينهما: أن الأم يمكن أن يلحق بها ولدها قطعاً بالمشاهدة، فلم يكن لاجتهاد القافة في إلحاقه مدخل ولا يلحق الأب إلا من طريق الاستدلال وغلبة الظن فجاز اجتهاد القافة في إلحاقه به، فعلى هذا يحلف الزوج بالله تعالى أنها ما ولدته، فإذا حلف انتفى عنه، وإن نكل ردت اليمين عليها فحلفت بالله أنها ولدته، فإذا حلفت لحق به إلا أن ينفيه باللعان، فإن نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف أنها ولدته على فراشه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا توقف اليمين وقد انقطع حكمها، لأن حقها في اليمين في بطل بنكولها ويكون منفياً عن الزوج بإنكارها ونكولها.

والوجه الثاني: توقف اليمين على بلوغه؛ لأن إنكار الزوج قد تعلق به حقان، حق لها في الولادة، وحق الولد في ثبوت النسب، فإذا بطل حقها بنكولها لم يبطل حق الولد، فعلى هذا إن حلف الولد بعد بلوغه لحق بالزوج إلا أن ينفيه باللعان، وإن نكل عن اليمين لم يلحق به وكان منفياً عنه بغير لعان، وهل يلحق بها أم لا على وجهين:

أحدهما: لا يلحق بها إلا ببينة وقد ذكر الشافعي في كتاب التقاط المنبوذ: أنه لا يسمع فيه دعوى المرأة إلا ببينة لما في لحوقه بها من إلحاقه بزوجها.

والوجه الثاني: يلحق بإقرارها ولا يلحق بزوجها مع إنكاره.

فصل: والحال الرابعة: أن يبين أنها ولدته من زوج كان لها قبله فلا يخلو أن يعرف لها زوج قبله أو لا يعرف فإن لم يعرف لها زوج قبله قيل هذا البيان غير مقبول منك فبينه بما يمكن ليقبل، وإن عرف لها زوج قبله، فلا يخلو أن يعرف وقت طلاق الأول وعقد الثاني ووقت الولادة أو لا يعرف ذلك كله.

فإن عرف وقت الطلاق الأول ووقت عقد الثاني ووقت الولادة، فللولد أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون لاحقاً بالأول دون الثاني، وهو أن تضعه لأربع سنين فما دون من طلاق الأول، ولا أقل من ستة أشهر من عقد الثاني فينتفي عن الثاني للحوقه بالأول.

والحال الثانية: أن يكون ملحقاً بالثاني دون الأول وهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، ولستة أشهرٍ فَصَاعِداً من عَقْده الثاني. فيلحق به ولا ينتفي عنه إلا أن يلاعن.

والحال الثالثة: أن لا يحلق بالأول ولا بالثاني، وهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من عقد الثاني فينتفي عنهما وهو بعد يمينه

منفي عنه بغير لعان لأن الأصْلَ عَدَمُ الفِرَاش الموجب للحوق الولد ولإمكان قيام البينة على وقت الولادة، فإن نكل الزوج عن اليمين ردت على الزوجة يمينها أن تحلف بالله أن هذا الولد منه ما هو من غيره وجهاً واحداً، لأنها في ذلك على يقين بخلاف غيرها، فإذا حلفت لحق بالزوج وله نفيه باللعان وإن نكلت عن اليمين فهل توقف على بلوغ الولد أم لا؟ على ما مضى من الوجهين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: «(قال) فِي كِتَابِ الطَّلاَقِ مِنْ أَحْكَامِ القرآنِ لَوْ قَالَ لَهَا مَا هَذَا الحَمْلُ مِنِّي وَلَيْسَتْ بِزَانِيَةٍ وَلَمْ أُصِبْهَا قَدْ تُخْطِىءُ فَلاَ يَكُونُ حَمْلاً فَيَكُونَ صَادِقاً وَهِيَ غَيْرُ زَانِيَةٍ فَلاَ حَدَّ وَلاَ لِعَانَ فَمَتَى اسْتَيْقَنَّا أَنَّهُ حَمْلٌ قُلْنَا قَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ تَأْخُذَ نُطْفَتَكَ فَتَدْخُلَهَا فَتَحْمَلَ مِنْكَ فَتَكُونَ صَادِقاً بِأَنَّكَ لَمْ تُصِبْهَا وَهِيَ صَادِقَةٌ بِأَنَّهُ وَلَدُكَ فَإِنْ قَذَفْتَ لاَعَنْتَ».

قال الماوردي: وصورتها أن يظهر بالزوجة حمل فيقول: ما هذا الحمل مني وليست بزانية ولم أصبها، قيل: قد يجوز أن يكون هذا الحمل غلطاً أو ريحاً فلا يعجل، فإن تيقناه حملاً صحيحاً قيل: قد يجوز أن تدخل نطفتك فتعلق منها فيكون الحمل منك وهي عفيفة.

وأنت صادق فلا ينتفي عنك بهذا القول، ولا اعتبار في الشرع بما يقوله أهل الطب: إن النطفة إذا لم تستقر في الرحم من مخرج الذكر وأصابها الهواء فبردت لم يكن منها علوق؛ لأن النبيّ ﷺ قال: «الولد للفراش» وهو يلحق بالإمكان ولا ينتفي بالإمكان، وهكذا لو قال: أنا عقيم وهي عفيفة وليس الولد مني قيل: هذا ظن فاسد وهكذا لو قال: هي عاقر لأنه قد يجوز أن تلد العاقر ويولد للعقيم. هذا نبيّ الله زكريا يقول: ﴿رب أنى يكون لي غلام وكانت امرأتي عاقراً وَقَدْ بَلَغْتُ مِنَ الكِبَرِ عِتِيًّا﴾ [آل عمران: ٤] فأجابه الله تعالى: ﴿كذلك قال ربك هو عَليَّ هين وقد خلقتُكَ مِنْ قَبْلُ ولم تك شيئاً﴾ [مريم: ٩] فجاءهما الولد بَعْدَ الإياس منه.

وإذا كان كذلك لم ينتف عنه بهذا القول إذا صدقها على الولادة إلا أن ينسبه إلى وطء غيره دخل على فراشه مما يجوز أن يلاعن عليه فينتفي عنه بلعانه بعد إضافته إلى وطء غيره على ما سنشرحه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ نَفى وَلَدَهَا وَقَالَ لاَ أُلاَعِنُهَا وَلاَ أَقْذِفُهَا لَمْ يُلاَعَنْهَا وَلَزِمَهُ الوَلَدُ وَإِنْ قَذَفَهَا لاَعَنَهَا لأَنَّهُ إِذَا لاَعَنَهَا بِغَيْرِ قَذْفٍ فَإِنَّمَا يَدَّعِي أَنَّهَا لَمْ تَلِدْهُ وَقَدْ حَكَتْ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ وَإِنَّمَا أَوْجَبَ اللَّهُ اللِّعَانَ بِالقَذْفِ فَلاَ يَجِبُ بِغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولد المرأة لاحق زوجها إذا أمكن أن يكون منه، وذلك بأن تلده لستة أشهر فصاعداً من وقت عقده إذا أمكن اجتماعهما، ولا يقف

لحوقه على اعتراف الزوج به، فإن أنكره لم ينتف عنه إلا بأحد الوجهين، إمَّا بأن يقول لم تلده وإنها التقطته أو استعارته فيحلف إن عدمت البينة وينتفي عنه على ما قدمناه، وإما أن يقذفها إذا اعترفت بولادتها ويلاعن منها فينتفي عنه بقذفه ولا ينتفي بغيرهما وإن كان منكراً له.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَمْ تَزْنِ بِهِ وَلَكِنَّهَا عَصَتْ لَمْ يُنْفَ عَنْهُ إِلاَّ بِلِعَانٍ وَوَقَعَتِ الْفُرْقَةُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين اختلط فيها كلام أصحابنا ولم يتحرر، ونحن نذكر ما اشتمل على فصولها من الأقسام ونجتهد بتوفيق الله في تحرير الأجوبة.

فإن نسب ولد امرأته إلى وطء غيره لم يخل من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقذفهما بالزنا.

والثاني: أن يقذف الرجل دون المرأة.

والثالث: أن يقذف المرأة دون الرجل.

والرابع: ألا يقذف واحداً منهما.

فأما القسم الأول: وهو أن يقذفهما معاً بالزنا فيقول: زنيت بفلان، أو زنا بك رجل، فيجوز أن يلاعنها وينفي به ولدها سواء سمى الزاني أو لم يسمه، فإن هلال بن أمية سمى الزاني والعجلاني لم يسمه، وهذا القسم متفق عليه.

فصل: أما القسم الثاني: وهو أن يقذف بالزنا الرجل دون المرأة، فصورته أن يقول: اغتصبت فاستكرهت على نفسك فيكون قذفاً للمغتصب دونها، وهي مسألة الكتاب، فيجوز أن يلتعن بهذا القذف وينفي ولدها سواء سمى المغتصب أو لم يسمه، وحكي عن الزني في جامعه الكبير: أنه إن سمى المغتصب لاعن وإن لم يسمه لم يلاعن، لأن الحد يجب عليه إذا سماه ولا يجب عليه إذا لم يسمه، واللِّعان عنده لا يجوز إلا في قذف يوجب الحد ونظرت في جامعه فلم أره مصرحاً بذلك وإن كان كلامه محتملاً وليس لهذا القول وجه إن صح عنه لأمرين:

أحدهما: أن تسمية المقذوف من شروط اللعان كالمقذوفين، ولا سقوط الحد بمانع من لعانه في نفي النسب كالمجنونين.

والثاني: أنه لما كان هذا الوطء في إفساد الفراش كغيره وجب أن يساويه في نفي النسب بلعانه.

فصل: أما القسم الثالث: وهو أن يقذف المرأة دون الرجل، فصورته أن يقول: تشبهت له بزوجته فأصابك يظنك زوجته فأنت زانية لعلمك به وهو غير زان لجهله بك، فيجوز على مَذْهَب الشافعي والمزني أن يلاعن لنفي النسب وسقوط الحد.

وقال أبو حامد الإسفرايـيني: لا يلاعن لنفي النسب بهذا القذف، لأنه وطء شبهه في حق الرجل يوجب لحوق الولد به إن الحقته القافة فينتفي عنه بغير لعان، وإذا أمكن نفي النسب بغير لعان لم يجز أن يلاعن لنفيه كولد الأمة لما جاز أن ينفي عنه بادعاء الاستبراء لم يجز أن يلاعن لنفيه. وهذا فاسد لأنه قد يجوز أن يكون الواطىء غير مسمى فلا يلحقه الولد، ولو كان مسمى لجاز أن ينكر الواطىء فلا يلحقه الولد، ولو اعترف بالوطء لجاز أن لا تلحقه القافة به، ولو ألحقته القافة به احتاج الزوج إلى إسقاط الحد بلعانه فصار اللعان مستحقاً في الأحوال كلها، فجاز أن يتضمنه نفي النسب الذي قد أوجب عليه القذف نفيه وإن لحق به.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن لا يقذف واحداً منهما بالزنا فصورته أن يقول: وجدك على فراشه فظنك زوجته وظننتيه زوجك. فلا يكون قاذفاً لواحد منهما، لأنه ليس فيهما زان، فلا يجب بهذا الرمي حد، ويكون مقصوراً على نفي النسب، فإن كان حملاً فلا لعان به، ولا تنازع فيه لجواز أن يكون غلطاً أو ريحاً، فإذا وضعت روعي حال المرمى بوطئها فإن كان مسمى معترفاً بوطئها فلا لعان، وإن ألحقوه بالزوج اضطر إلى نفيه باللعان، وهكذا لو كان المرمى بها منكراً لوطئها أو كان مجهولاً غير مسمى اضطر إلى نفيه باللعان في هذه الأحوال الثلاث، وفي جواز لعانه منه بغير قذف قولان:

أحدهما: وهو الأصح.

وبه قال أبو إسحاق المروزي: إنه يصح لعانه منه بغير قذف لأمرين:

أحدهما: أن هذا الوطء مفسد لفراشه كالزنا فاستويا في نفي نسبه باللعان.

والثاني: أنه قد اعترف بأنهما لم يزنيا فلم يجز أن يكذب عَلَيْهما في رميهما بالزنا، فعلى هذا يقول في لعانه: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي وأن هذا الولد من تلك الإصابة ما هو مني.

فإذا أكمل لعانه انتفى عنه النسب ولم تلاعن المرأة بعده، لأن هذا اللعان لا يوجب عليها الحد، لأنه قد أثبت وطء شبهة ولم يثبت الزنا ووطء الشبهة لا يوجب الحد، فلذلك لم تلتعن لأن لعانها مقصور على إسقاط الحد.

والقول الثاني: وبه قال المزني وهو مخرج من كلام للشافعي أنه لا يجوز أن

يلاعن منه حتى يتضمن قذفاً يوجب الحد، لأن اللعان مقام خزي فلم يجز إلا أن يكون إلا في مثله، ولأن فحوى الكتاب ونص السنة جاءت بمثله، فعلى هذا في كيفية قذفه وجهان:

أحدهما: بصريح الزنا ولو كان فيه إكذاب لنفسه، حكاه أبو حامد الإسفرايـيني.

والوجه الثاني: بمعاريض الزنا، كقوله: فجرت بوطء غيري، أو وطئت وطأً حراماً، لئلا يصرح بتكذيب نفسه، وهذا أشبه، فإن وقع الاقتصار منه على معاريض القذف، بنى لفظ لعانه عليه فقال: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من وطء الفجور أو الوطء الحرام، وأن هذا الولد ما هو مني، ولا يلزمها أن تلاعن بعده سواء أضاف الفجور إليها أو إلى الواطىء، لأنه كناية، وإن لم يقتنع منه إلا بالقذف الصريح، فإن قذفها لاعن، ولاعنت بعده، وإن قذفه دونها لاعن ولم تلاعن بعده، وإن قذفها دونه لاعن ولاعنت بعده، لأن لعانه من قذفها موجب للحد عليها. فلم يسقط عنها إلا بلعانها، ولعانه وقذف الواطىء وحده، غير موجب لحدها فلم يحتج إلى لعانها، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لِابْنِ مُلَاعَنَةٍ لَسْتَ ابْنَ فُلَانٍ أُحْلِفَ مَا أَرَادَ قَذْفَ أُمِّهِ وَلَا حَدَّ فَإِنْ أَرَادَ قَذْفَ أُمِّهِ حَدَدْنَاهُ وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يُقِرَّ بِهِ الَّذِي نَفَاهُ حُدَّ إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً إِنْ طَلَبَتِ الْحَدَّ وَالتَّعْزِيرَ إِنْ كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً أَوْ أَمَةً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِابْنِهِ لَسْتَ بِابْنِي إِنَّهُ لَيْسَ بِقَاذِفٍ لِأُمِّهِ حَتَّى يَسْأَلَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُعَزِّيَهُ إِلَى حَلَالٍ وَهَذَا بِقَوْلِهِ أَشْبَهُ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن يقال لولد الرجل لست ابن فلان، فلا يخلو حال الولد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ابن ملاعنة قد نفاه أبوه بلعانه.

والثاني: أن يكون ابن ملاعنة قد استلحقه أبوه بعد نفيه.

والثالث: أن يكون ابن غير ملاعنة.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون ابن ملاعنة قد نفاه أبوه بلعانه، فيقول له أجنبي: لست بابن فلان، فهذا القول منه يحتمل أمرين متساويين، يحتمل أن يريد لست بابنه، لأنه قد نفاه بلعانه فلا يكون قاذفاً لأمه، ويحتمل أن يريد به أن أمه زنت به فيصير قاذفاً لأمه: فصار من معارض القذف وكناياته فوجب مع المطالبة أن يرجع فيه إلى بيان في إرادته، وله في بيانه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد به قذف أمه.

والثاني: أن لا يريد به قذفها.

والثالث: أن لا تكون له إرادة، فإن أراد به قذف أمه حد لها، وإن لاعن الزوج منها، لأن لعانه بينة في حقه وليست بينة في حق غيره، فصارت على عفتها مع الأجانب وإن ارتفعت عفتها مع الزوج، فيحد لها إن كانت حرة مسلمة، ويعزر لها إن كانت ذمية أو أمه، وقد روى ابن عباس: أن النبيّ ﷺ فرق بين المتلاعنين ونفى النسب، وقَضَى أَلاَ تَرْمِي وَلاَ يُرْمَى وَلدها، فمن رَمَاهَا فَعَلَيْهِ الحَدُّ.

وهذا نص الشافعي، ومطلق جوابه في قذفها وتفصيل هذا الإطلاق أشبه بالحق عندي، وهو أن يعتبر حال الملاعنة، فإن لاعنت بعد لعان الزوج كانت على عفتها مع الأجانب فيحد قاذفها، وإن لم تلاعن وحدت في الزنا، ذهبت عفتها، ولم يحد قاذفها، لأنَّهُ يَتَنَافى ثبوت العفة ووجوب الحد كما يتنافى إذا وجب بالبينة، وإن لم يرد به قذف أمه وأراد به نفيه عن الأب بلعانه فلا حد عليه، لأنه في الحكم كذلك، فإن ادعت الأم أنه أراد قذفها أو ادعى ذلك الابن بعد موتها أحلف بالله ما أراد قذفها ولا حد عليه فإن نكل عن اليمين حلفت بالله لقد أراد قذفها أو حلف ولدها بعد موتها فإذا حلفت حد لها حد القذف، وإن نكلت أو نكل ولدها فلا حد عليه وإن لم يكن له إرادة قذف فلا حد عليه لأن الكناية إذا تجردت عن نيته سقط حكمها كالكناية في الطلاق، فإذا ادعت عليه إرادة القذف أحلف على ما مضى.

فصل: وأما القسم الثاني: وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ابنَ مُلاعنة استحلفه أبوه وأقر أنه ولده، فيقول له أجنبي: لست بِأبْنِ فُلَانٍ، فَظَاهِرُهُ القَذْفُ، لأن الاحتمال فيه بَعْد الاستلحاق أقل، فَصَارَ أَغلب أحواله القَذْفُ، فيؤخذ بالحد من غير سؤال اعتباراً بالأغلب بخلاف ما قدمناه في القسم الأول الذي تساوى فيه الاحتمال فيه هذا ما لم يدع احتمالاً ممكناً، فإن ادعاه وقال: أردت أنك لم تكن ابن فلان حين نفاك بلعانه وإن صرت ابناً له بعد استلحاقه، فقوله محتمل فيقبل منه مع يمينه ولا يجب عليه الحد لاحتمال ما قال، وإمكانه، فإن قيل: فلو قال: يا زانية، وقال: أردت زنا العين أو اليد لم يقبل منه، وإن كان محتملاً ووجب عليه الحد. فهلا كان في هذا الموضع هكذا يجب عليه الحد مع احتماله؟

قيل: لأنه إذا رماها بالزنا كان قذفاً صريحاً في الظاهر والباطن فأخذ بالحد ولم ينو، وفي هذا الموضع يكون تعريضاً بقذف في الظاهر دون الباطن فلذلك جاز مع الاحتمال أن ينوي.

ويكون الفرق بين هذا القسم وبين القسم الأول: أنه في القسم الأول لا يحد حتى يسأل، لأن لفظه كناية لا يتعلق به حكم إلا مع النية.

وفي هذا القسم ظاهر لفظه القذف فحد بالظاهر إلا أن يكون له بينة.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الابن ثابت النسب لم يجز عليه ولا على أمه لعان قط، فيقول له أجنبي: لست بابن فلان، فالظاهر من مذهب الشافعي أنه يكون قذفاً لأمه في الظاهر والباطن، لأن في المستلحق بعد الالتعان من الاحتمال ما ليس في هذا، فلذلك كان قذفاً في الظاهر دون الباطن.

وفي هذا الموضع قذفاً في الظاهر والباطن، وهذا ظاهر ما يقتضيه كلام الشافعي في الأجنبي وحكى المزني عنه في الأب إذا قال لابنه: لست بابني، أنه لا يكون قاذفاً لأمه حتى يريد به القذف، فخالف بين الأب والأجنبي فلم يجعل ذلك من الأب قذفاً، وجعله من الأجنبي قذفاً، فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق:

أحدها: وقد أومأ المزني إليها: التسوية بين الأب والأجنبي وتخريج ذلك على قولين جمعاً بين ما نص عليه في الموضعين:

أحدهما: يكون قذفاً صريحاً من الأب والأجنبي جميعاً على ما نص عليه في الأجنبي فيحدان معاً إلا أن يلاعن الأب فيسقط عنه الحد ولا يسقط عن الأجنبي.

ووجهه: أن نفي الولد عن أبيه موضوع في العرف لقذف أمه، فجاز أن يكون العرف معتبراً والحكم به متعلقاً.

والقول الثاني: أنه لا يكون قذفاً صريحاً من الأب ولا من الأجنبي لظهور الاحتمال فيه، وأن يراد به ليس بابنه لاختلافهما في الأفعال والأخلاق مع اتفاقهما في الأنساب، فخرج بهذا الاحتمال عن حكم الصريح، وما الذي يكون حكمه حينئذ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن يكون مقذوفاً في الظاهر دون الباطن اعتباراً بالأغلب من حاليه. وإن لم يتغلظ على المستلحق بعد النفي لم يكن أضعف منه فعلى هذا يؤخذ بالحد إلا أن يقول لم أرد به القذف، فيحلف عليه ولا يحد.

والوجه الثاني: أنه كناية ينوي فيه ولا يحد إلا أن يريد به القذف، بخلاف المستلحق، والفرق بينهما: أن المستلحق لما اعتل نسبه باللعان صار الظاهر من نفيه قذف أمه، وغير المستلحق لما لم يعتل نسبه صار الظاهر من نفيه مخالفة أبيه في أفعاله وأخلاقه، فهذه الطريقة الأولى لأصحابنا ويشبه أن تكون طريقة أبي الطيب بن سلمة.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي علي بن أبي هريرة: أن الجواب على ظاهر النص فيهما فيكون قذفاً من الأجنبي ولا يكون قذفاً من الأب.

والفرق بينهما: أن للأب من تأديب ولده بالضرب والإغلاظ في القول ما ليس للأجنبي فصار ذلك من الأب إغلاظاً في القول المحمول على التأديب، ومن الأجنبي إغلاظ قذف لا مدخل له في التأديب.

والطريقة الثالثة: ـ وهي طريقة أبي إسحاق المروزي ـ أن اختلاف الجواب فيهما محمول على اختلاف حالين يستويان فيهما، فالذي قاله في الأب: أنه لا يكون قذفا إذا قاله عند ولادته وقبل استقرار نسبه في الحال التي لو أراد نفيه فيها باللعان لأمكنه، والذي قاله في الأجنبي: أنه يكون قذفاً إذا قاله بعد استقرار نسبه في حال لا يجوز لأبيه نفيه فيها باللعان، فيكون ذلك قذفاً من الأب والأجنبي بعد استقرار النسب ولا يكون قذفاً منهما قبل استقراره لضعف النسب قبل استقراره، وقوته بعد استقراره والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وإِذَا نَفَيْنَا عَنْهُ وَلَدَهَا بِاللِّعَانِ ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهُ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ مَا يَلْزَمُهُ لَهُ نَسَبُ وَلَدِ الْمَبْتُوتَةِ فَهُوَ وَلَدُهُ إِلاَّ أَنْ يَنْفِيَهُ بِلِعَانٍ».

قال الماوردي: اعلم أن نفي النسب باللعان على ضربين:

أحدهما: أن ينفي به حملاً.

والثاني: أن ينفي به ولداً.

فأما الضرب الأول: وهو أن ينفي به حملاً فإذا وضعت واحداً أو عدداً انتفى عنه جميعهم، لأن الحمل ما اشتمل البطن عليه، وانقضت عدتها بوضع الأخير منهم فلو وضعت ولداً فانتفى عنه وانقضت به عدتها في الظاهر، ثم وضعت به ولداً آخر، نظر في زمان وضعه فإنه لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر أو أكثر، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول فهما من حمل واحد، لأنه لا يكون بين الحملين أقل من ستة أشهر، وهي أقل مدة الحمل، فإذا كان بين الولدين أقل منهما كانا حملاً واحداً اشتمل البطن عليهما، فانتفيا عنه باللعان الأول، وعلمنا أنها كانت باقية في عدتها إلى وضع الثاني.

وكذلك لو وضعت ولداً ثالثاً بينه وبين الأول أقل من ستة أشهر انتفى الثالث مع الثاني والأول باللعان المتقدم لاشتمال البطن على الثلاثة في وقت نفي الحمل باللعان، وعدتها منقضية بوضع الثالث، فأما إن وضعت الولد الثاني لستة أشهر فصاعداً من ولادة الأول فهو من حمل ثان، لأنه لا يجوز أن يكون بين الولدين من حمل واحد ستة أشهر، وإذا كان الولد الثاني من حمل ثان فهي مبثوته باللعان وقد انقضت عدتها بوضع الأول انقضاء تيقناً به استبراء رحمها فلم يلحق به الثاني لاستحالة أن يكون من إصابته

قبل اللعان لأنه انتفى عنه باللعان، ويختلف حكم الولدين في الاستلحاق، فإن استلحق الأول لحق به، لأنه انتفى عنه باللعان وإن استلحق الثاني لم يلحق به لأنه منفي عنه بغير لعان.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن ينفي بلعانه ولداً، فإذا اعتدت من فرقة اللعان بالأقراء ثم وضعت بعده ولداً ثانياً لم يخل وضعه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر.

والثاني: أن تضعه لستة أشهر فصاعداً إلى أربع سنين.

والثالث: أن تضعه لأربع سنين فأكثر.

فأما الحال الأولى: وهو أن تضعه لأقل من ستة أشهر حتى ينفيه بلعان ثان، بخلاف التعانه من الحمل، لأن التعانه من الحمل متوجه إلى ما اشتمل عليه البطن من واحد أو جماعة فانتفى جميعهم باللعان الواحد، وإذا كان اللعان بعد الولادة، كان النفي مقصوراً على ما تضمنه اللعان، ولم يتضمن إلا الأول فانتفى عنه دون الثاني، فإن اعترف بالثاني أو لم يعترف به لكنه لم يلاعن منه لحق به الثاني والأول جميعاً لأنهما من حمل واحد حيث كان بينهما أقل من ستة أشهر، والحمل الواحد لا يتبعض في اللحوق باثنين كما لا يلحق الولد الواحد باثنين فجعلنا الأول تبعاً للثاني في الاستلحاق ولم نجعل الثاني تبعاً للأول في النفي لأمرين:

أحدهما: أن حكم الاستلحاق [بعد النفي جائز، والنفي بعد الاستلحاق غير جائز.

والثاني: أن الولد يلحق بالإمكان ولا ينتفي بالإمكان، فيغلظ بهذين الأمرين حكم الاستلحاق][1] وعلى حكم النفي فصار الأغلظ متبوعاً والأخف تابعاً فإذا لحقه لم يحد لقذف الأم لأن لحوق الولد لا يقتضي تكذيبه في القذف، كما لو لاعن منها ولم ينف ولدها.

وأما الحال الثانية: فهو أن تضع الثاني لستة أشهر فصاعداً من ولادة الأول ولدون أربع سنين من وقت اللعان فيكون الولد الثاني من حمل ثان، ولا يكون من حمل الولد الأول فيصير الولد الثاني لاحقاً به دون الأول ما لم تصر ذات زوج يلحقه ولدها، لأن ولد المبتوتة يلحق بزوجها إلى أربع سنين من فراقه ما لم تتزوج، فإن قيل: أفليس قد نفيتم عنه إذا التعن من الحمل من ولدته بعد ستة أشهر؟.

---

(١) سقط في أ.

قلنا: إنما فرقنا بينهما في اللحوق لافتراقهما في معنى الاستبراء واختلافهما في إمكان اللحوق فصار الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الحامل إذا لاعن منها انقضت عدتها بوضع الحمل، ووضع الحمل يقين في استبراء الرحم، فلا يجوز أن يبقى بعده للزوج ما في الرحم، وذات الولد إذا لاعن منها انقضت عدتها بالأقراء والاستبراء بالأقراء غلبه ظن لأنه قد يجوز أن تحيض على الحمل ويرى دم فساد، فجاز أن يكون الرحم مشتملاً على ماء الزوج وانعقاد الولد منه.

والثاني: أنه يمنع من ذات الحمل إذا التعن منها أن يطأها في الزوجية بعد وضع الحمل فامتنع أن يكون الحمل الثاني منه [ولا يمتنع من ذات الولد إذا التعن منها أن يكون قد وطئها في الزوجية بعد الولادة فلم يمتنع أن يكون الحمل الثاني منه][(١)].

فلهذين ما فرقنا في الثاني بين الحملين، وإذا كان كذلك ولحقه الولد الثاني ولم ينتفع منه إلا بلعان فإن التعن منه احتاج فيه إلى قذف ثان، لأن القذف بالزنا الأول قد انقطع ماؤه بولادة الأول فصار الولد الثاني من ماء ثان فاقتضى أن يضاف في اللعان إلى زنا ثان، فإن لم يلتعن من الثاني لحق به دون الأول لأنهما من حملين وليس يمتنع في الحملين أن يكونا من اثنين.

وأما الحال الثالثة: وهو أن تضعه لأربع سنين فصاعداً من وقت لعانه، فهو منفي عنه بغير لعان لاستحالة أن يكون من إصابته في الزوجية قبل لعانه لتجاوزه مدة أكثر الحمل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا وَنَفَى الآخَرَ فَهُمَا ابْنَاهُ وَلاَ يَكُونُ حَمْلٌ وَاحِدٌ بِوَلَدَيْنِ إِلاَّ مِنْ وَاحِدٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ نَفْيُهُ بِقَذْفٍ لأُمِّهِ فَعَلَيْهِ لَهَا الْحَدُّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا ولدت توأمين في حال واحدة، أو ولدت ولدين متفرقين بينهما أقل من ستة أشهر فذلك سواء وهما من حمل واحد لاشتمال البطن عليهما، فإن نفي أحدهما باللعان واعترف بالآخر، أو نفي أحدهما وأمسك عن نفي الآخر فذلك سواء وهما لاحقان به، لأن الذي اعترف به وأمسك عن نفيه لاحق به، وهو من حمل الأول، فاقتضى أن يتبعه الأول في اللحوق وإن نفي لما قدمناه من أن الحمل الواحد لا يكون إلا من أب واحد، فصار الأول تابعاً للثاني في الإقرار، ولم يصر الثاني تابعاً للأول في الإنكار، لأن الشريك يتعدى إليه الإقرار ولا يتعدى إليه

(١) سقط في أ.

الإنكار؟ ألا ترى لو أن أخوين ادعيا داراً ورثاها عن أبيهما فصدق المدعي عليه أحدهما وأنكر الآخر، فكان النصف المقر شركه بينهما فتعدى الإقرار إلى المكذب ولم يتعد الإنكار إلى المصدق وقد ذكرنا من الفرق بينهما وجهين مضيا.

فصل: فإذا ثبت أن الثاني يلحق به مع الأول انتقل الكلام إلى وجوب الحد عليه وذلك معتبر بحال اللحوق، فإن كان لحوق الثاني لإمساكه عن نفيه لم يجب عليه في لحوقهما به حد القذف لأنه ليس في إمساكه تكذيب القذف، وإذا كان لحوق الثاني لاعتراف به وقد كان قال في لعانه في نفي الأول أنه من زنا وجب عليه إذا ألحقناهما بالاعتراف حد القذف لما في الاعتراف بأحدهما من تكذيب نفسه في قذفهما بالآخر.

فصل: وإذا نفى باللعان ولدين توأمين انتفى الولد عنه ولم ينتفيا عنه في الأم وكانا ملحقين بها دونه وهكذا توأم الزنا يحلقان بالزانية دون الزاني، وإنما كان كذلك لأن الولد من أمه يقيناً ومن أبيه ظناً، فرفع الشرع حكم الظن في الزاني ولم يرفع حكم اليقين في الزانية، وإذا كان كذلك ورثا الأم وورثتهما ولم يرثا الزاني ولا الملاعن ولم يرثاهما، وفيما يتوارث به هذان التوأمان ثلاثة أوجه:

أحدها: ميراث أخ لأب وأم لعلمنا قطعاً أنهما من أب وأم.

والوجه الثاني: أنهما يتوارثان ميراث أخ لأم، لأنه لما انتفى أن يكون لهما أب امتنع أن يكونا أخوين من أب وصار أخوين من أم لأن لهما إماً فورثا بالأم لما ورثاها، ولم يرثا بالأب لما لم يرثاه.

والوجه الثالث: أن توأم الملاعنة يتوارثان ميراث أخ لأب وأم، وتوأم الزنا يتوارثان ميراث أخ لأم، لأن توأم الملاعنة لو استلحقا صار أخوين لأب وأم، وتوأم الزنا لا يصيران بالاستلحاق أخوين لأب وأم فافترقا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُما ثُمَّ الْتَعَنَ نُفِيَ عَنْهُ الْحَيُّ وَالْمَيِّتُ وَلَوْ نَفَى وَلَدَهَا بِلِعَانٍ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ بَعْدَهُ بِيَوْمٍ فَأَقَرَّ بِهِ لَزِماهُ جَمِيعاً لأَنَّهُ حَمْلٌ وَاحِدٌ وَحُدَّ لَهَا إِنْ كانَ قَذَفَهَا وَلَوْ لَمْ يَنْفِهِ وُقِفَ فَإِنْ نَفَاهُ وَقَالَ الْتِعَاني الأَوَّلَ يَكْفِينِي لأَنَّهُ حَمْلٌ وَاحِدٌ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يَلْتَعِنَ مِنَ الآخَرِ (وقال) بَعضُ النَّاسِ لَوْ مَاتَ أَحَدُهُما قَبْلَ اللِّعَانِ لاَعَنَ وَلَزِمَهُ الْوِلْدَانُ وَهُمَا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ حَمْلٌ وَاحِدٌ فَكَيْفَ يُلاَعِنُ وَيَلْزَمُهُ الْوَلَدُ؟ قَالَ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ وَرِثَ الْمَيِّتَ قُلْتُ لَهُ وَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ يَرِثُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا مات الولد قبل الالتعان جاز أن ينفيه باللعان بعد موته.

وقال أبو حنيفة: إذا مات قبل اللعان ورثه ولم يجز أن ينفيه باللعان بعد موته، واستدل على ذلك بثلاثة أشياء:

أحدها: أن من مات على حكم استقر ذلك الحكم بموته، كمن مات عبداً لم يجز أن يعتق بعد موته، أو مات كافراً لم يصر مسلماً بعد موته، كذلك هذا الولد مات ابناً فلم ترتفع بنوته بعد موته.

والثاني: أنه بالموت قد صار وارثاً له وميراثه اعتراف به والمعترف بالولد لا يجوز له نفيه.

والثالث: أنه لما لم يجز أن يرتفع باللعان فراش زوجته بعد الموت لم يجز أن ينفي به نسب ولده بعد الموت.

ودليلنا: هو أن نسب الحي أقوى من نسب الميت. فلما جاز أن ينفي باللعان أقوى النسبين كما أن ينفي أضعفهما أولى.

لأن الداعي إلى نفيه في الحياة أمران: أن لا ينتسب إليه، وأن لا يلزمه مونته وهذان موجودان بعد الموت كوجودهما قبله، فاقتضى أن يستوي الحالان في نفيه لأنه لما جاز أن يلحق به النسب [يوم][1] الموت جاز أن ينفي عنه بعد الموت ليستوي حكم اللحوق والنفي بعد الموت كما استويا قبله، فأما الجواب عن الاستدلال بأن ثبوت الحكم إلى الموت يمنع من ارتفاعه بعده كالكفر والرق فيما تقدمهما، فذلك ما استقر بالموت ولم يتغير بعده، وليس كذلك نفي النسب لأنه يوجب ارتفاعه من أصله ولا يثبت له فيما بعد عن النسب فجاز أن ينفيه ليرتفع قبل الموت وبعده، وكذلك الجواب عن رفع الفراش باللعان، أنه رافع في الحال مع ثبوته من قبل وقد ارتفع بالموت فلم يبق لرفعه بعد الموت تأثير بخلاف النسب.

وأما الجواب عن الميراث فهو عندنا غير وارث إذا التعن منه، فلم يسلم لهم الاستدلال.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا فكانا ولدين التعن من أحدهما ونفاه ومات الآخر قبل نفيه فإن التعانه من الحي لا يقتضي نفي الميت عنه حتى يلاعن منه، فإن لم يلتعن منه لحق به الميت والحي جميعاً، لأنهما من حمل واحد، وإن التعن منه انتفيا عنه بلعانين، ولا يحتاج في اللعان الثاني إلى قذف يتقدمه، لأنهما من حمل قد تقدم القذف له وماؤه واحد فافتقر إلى قذف واحد، وعلى قول أبي حنيفة لا يلاعن من الميت ويلحق به الحي والميت لأنهما من حمل واحد.

---

(١) في أ يوم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وقَالَ أَيضاً ـ يعني أبا حنيفة ـ لَوْ نَفَاهُ بِلِعَانٍ وَمَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الأَبُ ضُرِبَ الحَدَّ وَلَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ فَإِنْ كَانَ الابْنُ الْمَنْفِيُّ تَرَكَ وَلَداً حُدَّ أَبُوهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَوَرِثَهُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلاَ فَرْقَ بَيْنَهُ تَرَكَ وَلَداً أَوْ لَمْ يَتْرُكْهُ لأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ الْمَنْفِيَّ إِذَا مَاتَ مَنْفِيُّ النَّسَبِ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لَمْ يَعُدْ إِلَى النَّسَبِ لأَنَّهُ فَارَقَ الْحَيَاةِ بِحَالٍ فَلاَ يَنْتَقِلُ عَنْهَا وَكَذَلِكَ ابْنُ الْمَنْفِيِّ فِي مَعْنَى الْمَنْفِيِّ وَهُوَ لاَ يَكُونُ ابْناً بِنَفْسِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ ابْنُهُ بِالْوَلَدِ المَنْفِيِّ الَّذِي قَدِ انْقَطَعَ نَسَبُ الْحَيِّ مِنْهُ وَالَّذِي يَنْقَطِعُ بِهِ نَسَبُ الْحَيِّ يَنْقَطِعُ بِهِ نَسَبُ الْمَيِّتِ لأَنَّ حُكْمَهُمَا وَاحِدٌ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ قُتِلَ وَقُسِّمَتْ دِيَتُهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لَحِقَهُ وَأَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْ دَيِنِهِ وَمِنْ مَالِهِ لأَنَّ أَصْلَ أَمْرِهِ أَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ وَإِنَّما هُوَ مَنْفِيٌّ مَا كَانَ أَبُوهُ مُلاَعِناً مُقِيماً عَلَى نَفْيِهِ».

قال الماوردي: وصورتها فيمن نفى ولده باللعان ثم مات الولد فاعترف به واستلحقه بعد موته فقد اختلف الفقهاء ـ هل يلحق به أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي ـ أنه يلحق به إذا استلحقه بعد موته سواء ترك ولداً أو لم يترك غنياً مات أو فقيراً.

وقال أبو حنيفة: إن ترك المنفي ولداً ألحق به وإن لم يترك ولداً لم يلحق به.

وقال مالك: إن مات غنياً ذا مال لحق به، وإن مات فقيراً لم يلحق به، واستدل أبو حنيفة بأنه لا يلحقه إذا لم يترك ولداً بثلاثة أمور:

أحدها: بأنه قد انقطعت بالموت أسبابه فصار قطعاً لاستلحاقه، وهو باقي الأسباب بالولد فبقي حكم استلحاقه.

والثاني: أنه بعدم الولد متهم الاستلحاق في إجازة الميراث فرد إقراره بالتهمة ومع وجود الولد غير [متهم][1] فلزم إقراره.

والثالث: أنه في استلحاق النسب حقين:

أحدهما: له والآخر عليه، فاقتضى أن يتصل بحي يثبت له من حق الاستلحاق مثل ما يثبت عليه.

واستدل مالك بأن موت الغني باقي العلق فكان لاسلتحاقه تأثير فثبت، وموت الفقير منقطع العلق فلم يبق لاستلحاقه تأثير فلم يثبت.

---

(١) في أ متهوم.

ودليلنا: أنه مأمور باستلحاق نسبه في حق الله تعالى وحق الولد، فاقتضى أن يكون مقبول الاعتراف في الحياة وبعد الموت، لأن لا يكون على الجحود مصراً وللوعيد مستحقاً، وقد يتحرر من معنى هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه استلحاق يثبت به نسب الحي فوجب أن يثبت به نسب الميت كالذي ترك ولداً مع أبي حنيفة وكالغني مع مالك.

والثاني: أنه استلحاق يثبت به نسب ذي الولد فوجب أن يثبت نسب الأب من نسب غير ذي الولد الحي، ولأن نسب الولد مأخوذ من نسب الأب فلا يؤخذ من نسب الولد، لأن الفروع ترد إلى أصولها، ولا ترد الأصول إلى فروعها، وأبو حنيفة عكس فيهما أصول الشرع فجعل نسب الأب مأخوذاً من نسب الولد. ولم يجعل نسب الولد مأخوذاً من نسب الأب، وما انعكست به أصول الشرع كان مدفوعاً، وبمثله يندفع قول مالك في اعتبار المال، ولأن المنع من استلحاقه بعد الموت لا يخلو أن يكون لأجل الموت، أو لأجل التهمة، فبطل أن يكون لأجل الموت لجواز استلحاقه مع الولد والموت موجود وبطل أن يكون لأجل التهمة في الميراث، لأنه لو مات فقيراً لم يلحق به وإن كان غير متهوم وترك ولداً لا يرث لرق أو كفر ألحقوه به وإن كان متهوماً، وإذا بطل تعليق المنع بواحد من هذين ثبت تساوي حكمه في الحياة، وبعد الموت. فأما الجواب عن استدلالهم بقطع الأسباب مع عدم الولد، وبقائها مع وجوده فمن وجهين:

أحدهما: أن الأسباب باقية مع عدم الولد كبقائها مع وجوده، لأنه قد تعلق بالأسباب من الحقوق لها وعليها من تحريم المصاهرة وغيره ما لا ينقطع بالموت.

والثاني: أنه وإن انقطع بها الحقوق المستقبلة لم تقطع بها الحقوق الماضية، وإن انقطع بها حق الآدمي. لم ينقطع بها حق الله تعالى.

وأما استدلالهم بالتهمة فقد أبطلنا أن تكون عليه وأما الاستدلال بأن وجود الولد يجمع حقي النسب ويعدمان بفقده فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه قد يتعلق بالنسب أحكام سوى أحكام الولد فلم تسقط بعدم الولد.

والثاني: أن حكم النسب مع وجود الولد أغلظ ومع عدمه أخف. فلما ثبت النسب في أغلظ حاليه كان ثبوته في أخفهما أولى.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من ثبوت نسبه مع وجود الولد وعدمه فله ميراثه بالأبوة سواء حجب الوارث أو شاركه باقيه كانت التركة أو مقسومه، ولو كان الابن قد مات قتيلاً، ورث الأب ماله وديته، وجرى عليه حكم من لم يزل ثابت النسب من وقت الولادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ وَطَلَبَا جَمِيعاً مَا لَهُمَا سَأَلْنَا فَإِنْ قَالَتْ عَنَيْتُ أَنَّه أَصَابَنِي وَهُوَ زَوْجِي أُحْلِفَتْ وَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا وَيَلْتَعِن أَوْ يُحَدُّ وَإِنْ قَالَتْ زَنَيْتُ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَنْكِحَنِي فَهِي قَاذِفَةٌ لَهُ وَعَلَيْهَا الْحَدُّ وَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ لأَنَّهَا مُقِرَّةٌ لَهُ بِالزِّنَا».

قال الماوردي: أما قوله لها مبتدئاً: يا زانية فهو قذف لها صريح لا يرجع فيه إلى إرادته وأما قولها له في جواب قذفها له: زنيت بك، فهو محتمل إذا كان جواباً، فلم يكن قذفاً صريحاً إلا أن تريد به القذف والذي يحتمله هذا الجواب أحد أربعة أوجه ذكر منها الشافعي اثنين، وأغفل الثالث:

أحدها: أن تريد إقرارها بالزنا وقذفها له.

والثاني: أن تريد إقرارها بالزنا ولا تريد قذفه به.

والثالث: أن تريدقذفه بالزنا ولا تريد إقرارها به.

والرابع: أن لا تريد قذفه ولا إقرارها به، **فأما الأول** وهو أن تريد إقرارها بالزنا وقذفه به فهو أن تقول: أردت به أنه زنا بي قبل أن يتزوجني، فكنت زانية به وكان زانياً بي، فهذا البيان هو أغلظ أحوالهما في حقها وحق الزوج، فعليها حدان:

أحدهما: حد الزنا لإقرارها به وهو حق الله تعالى لا تراعى فيه المطالبة.

والثاني: حد القذف للزوج، لأنها قاذفة له. وهو معتبر بطلبه وقد سقط عن الزوج حد القذف بتصديقها له، وإذا وجب الحدان عليها لم يتداخلا، لأنهما من جنسين مختلفين الموجب والحكم، ومنع أبو حنيفة من اجتماعهما بناء على أصله في أن لا يجمع في السرقة بين القطع والغرم، ونحن نجريه على أصلنا في الجمع بين القطع والغرم وإن كان في الجمع بين حد الزنا والقذف نص، وهو ما روي: أن النبيّ ﷺ كان قائماً يخطب فقام إليه رجل من بني كنانة فقال: إني أصبت حداً، فقال له النبيّ ﷺ: أقعد، حتى قال ذلك ثلاثاً، فقال له: ماذا فعلت؟ فقالت: زنيت ببنت امرأتي، فأمر رسول الله ﷺ عمر وعلياً وزيد بن حارثة أن يقيموا عليه حد الزنا، ثم أرسل إلى بنت امرأته وسألها فقالت: ما زنيت، فأمر أن يقام عليه حد القذف، فجمع عليه الحدين.

فصل: وأما الوجه الثاني: وهو أن تريد إقرارها بالزنا ولا تريد قذفه بالزنا، فهو أن تقول: أردتأني زنيت به قبل أن تزوجني وهو لا يعلم، إما بأن تقول: استدخلت ذكره وهو نائم، أو نمت على فراشه فوطئني وهو لا يعلم بي، فكنت زانية به ولم يكن زانياً بي، فهذا البيان أغلظ الأحوال في حقها وأخفها في حق الزوج فعليها

حد الزنا، وليس عليها حد القذف، وقد سقط به عن الزوج حد القذف فإن ادعى الزوج أنها أرادت قذفه أحلفها أنها ما أرادته.

فصل: وأما الوجه الثالث: وهو أن تريد قذفه بالزنا ولا تريد إقرارها به، فهو أن تقول: زنا بي قبل أن يتزوجني وأنا نائمة أو مستكرهة، فهو زان بي وأنا غير زانية به، فهذا البيان أخف الأحوال في حقها وأغلظها في حق الزوج، فعليها حد قذفه، وعليه حد قذفها، ولا قصاص في الحدين، وله إسقاط حد القذف عن نفسه باللعان ولا يسقط عنها حد القذف بلعانها، فإن أكذبها على أنها لم ترد الإقرار بالزنا أحلفها أنها لم ترده، لما يتعلق من سقوط حد قذفها عنه بغير لعان.

فصل: وأما الوجه الرابع: وهو أن تريد لا إقراراً بالزنا ولا قذفه، فهو أن تقول: أردت أنه أصابني بعد أن تزوجني فإن كنت زانية فيه زنيت، فهذا أخف أحوالها في حقها وحق الزوج، فيكون قولها في الأمرين مقبولاً، فلا يجب عليها حد الزنا ولا حد القذف، لأن الجواب قد يخرج في مقابلة اللفظ بمثله ويخالفه في حكمه كما قال تعالى: ﴿**وجزاء سيئة سيئة مثلها**﴾ [الشورى: ٤٠]. والابتداء سيئة والجزاء ليس بسيئة، وكما قال تعالى: ﴿**ومكروا ومكر الله والله خير الماكرين**﴾ [آل عمران: ٥٤]. فالابتداء مكر والجزاء ليس بمكر، ولأن خروج الجواب على هذا الوجه قد يكون نفياً لما تضمنه الابتداء عن نفسه وعن صاحبه، ويكون تقديره: ما زنيت إلا بك، فلما لم تكن زانياً لم أكن زانيه، كقول الرجل لصاحبه: دخلت الدار فيقول: ما دخلتها إلا معك، يريد أنك لما لم تدخل الدار، لم أدخلها، فثبت بهذين المعنيين فرق ما بين الابتداء والجواب، ولأجلهما جعلنا الابتداء صريحاً، والجواب كناية، فإذا كان كذلك، كان قولهما في الأمرين مقبولاً، وإن كان أخف أحوالها، ثم ينظر في حال الزوج فله فيما بينه من هذا الوجه أربعة أحوال:

أحدها: أن يصدقها في الأمرين أنها ما أرادت إقراراً بالزنا ولا قذفه به، فلا يمين له عليها، ولا يلزمها حد قذف ولا زنا، وعليه حد القذف لها إما أن يلاعن [فإن لاعن سقط حد القذف عنه ووجب حد الزنا عليها إلا أن تلاعن][1]، فإن قيل: فكيف يلتعن منها وقد صدقها، قيل: إنما صدقها على أن لم تقر بالزنا، ولم يصدقها على أنها لم تزن فلذلك التعن.

والحال الثانية: أن يكذبها في الأمرين ويقول: بل أردت إقراراً بالزنا وقذفي به. فله إحلافها على الأمرين. أما الزنا فيحلف أنها ما أرادت الإقرار بالزنا، ولا تحلف

---

(١) سقط في أ.

أنها ما زنت، وتكون يمينها في حق الزوج لما يتعلق به من سقوط حد القذف عنه لا في حق الله تعالى، لأن منكر الزنا لا تجب [عليه اليمين].

وأما القذف فتحلف بالله أنها ما أرادت قذفه، ولا تحلف أنها قذفته، وهل يلزمها في الأمرين يمين واحدة أو يمينان؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يمين واحدة لتعلق الحق فيها بشخص واحد.

والوجه الثاني: يمينان، لأن لكل واحد منهما حكماً يخالف حكم الآخر، فإن حلفت على الأمرين سقط عنها حد الزنا وحد القذف كما لو صدقها ووجب عليه حد القذف لها إلا أن يلاعنها، وإن نكلت عن اليمين في الأمرين أحلف الزوج عليها أنها أرادت الإقرار بالزناه وأرادت قذفه بالزنا وهل يحلف يميناً أو يمينين على ما مضى من احتمال الوجهين، فإذا حلف وسقط عنه حد قذفها ووجب عليها حد قذفه ولم تحد للزنا لأنها لا تحد في الزنا بيمين غيرها.

وإنما كانت يمين الزوج في حق نفسه لا في حق الله تعالى.

والحال الثالثة من أحوال الزوج: أن يصدقها على أنها لم ترد الإقرار بالزنا، ويكذبها في أنها لم ترد قذفه بالزنا، فيحلفها أنها لم ترد قذفه فإذا حلفت فلا حد عليها لقذف ولا زنا وعليه حد القذف لها إلا أن يلتعن، وإن نكلت حلف وحدت له حد القذف، وكان لها عليه حد القذف إلا أن يلتعن.

والحال الرابعة: أن يكذبها على أنها لم ترد الإقرار بالزنا ويصدقها على أنها لم ترد قذفه بالزنا، فله إحلافها أنها لم ترد الإقرار بالزنا، فإذا حلفت وجب عليه حد قذفها إلا أن يلتعن، وإن نكلت كان مخيراً بين أن يحلف فيسقط عنه حد القذف فلا يجب عليها حد الزنا، وبين أن يلتعن فيسقط عنه حد القذف ويجب عليها حد الزنا إلا أن يلتعن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «ولو قالت له: بَلْ أَنْتَ أزنى مِنِي كَانَتْ قالت فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِالْقَذْفِ إِذَا لَمْ تُرِدْ بِهِ قَذْفاً وَعَلَيْهِ الْحَدُّ أَوِ اللِّعَانُ».

قال الماوردي: وصورتها أن يقول يا زانية، فتقول له أنت أزنى مني، فما ابتدأها به قذف صريح يجب به الحد إلا أن يلاعن، وما أجابته به كناية يرجع فيه إلى إرادتها كالذي تقدم.

وقال مالك: هو قذف صريح يوجب الحد، وبنى ذلك على أصله في أن معاريض القذف قذف كالصريح، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه سوى بين صريح اللفظ وكنايته وقد فرق الشرع بينهما.

والثاني: أن معاريض الإقرار بالزنا لا تكون كصريح الإقرار بالزنا، فكذلك معاريض القذف به، ولو جاز أن يكون هذا الجواب قذفاً بالزنا لكان إقراراً بالزنا، لأن قولها: أزنى مني يوجب اشتراكهما في الزنا وأن يكون هذا أبلغ في الزنا عملاً، وهكذا يكون حال الزاني والزانية، لأن الزاني فاعل والزانية ممكنة، ومالك لا يجعلها مقرة فلزمه أن لا يجعلها قاذفة.

فصل: فإذا ثبت أن قولها: أنت أزنى مني كناية إذا كان جواباً، لأنه يحتمل أنه ما وطئني غيرك فإن كنت زانية فأنت أزنى مني لأنك فاعل وأنا ممكنة، فقد اختلف أصحابنا في الابتداء بهذا القول: هل يكون كناية كالجواب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون كناية كالجواب، لأن أزنى صفة فاستوى في الابتداء والجواب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي القاسم الداركي أنه يكون قذفاً صريحاً في الابتداء وكناية في الجواب، لأنه يكون في الجواب رداً، وفي الابتداء جرحاً، كما يكون قولها: زنيت بك في الجواب كناية، وفي الابتداء صريح، وكذلك هذا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ أَنْتِ أَزْنَى مِنْ فُلَانَةَ أَوْ أَزْنَى النَّاسِ لَمْ يَكنْ هَذَا قَذْفاً إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ قَذْفاً».

قال الماوردي: وهاتان مسألتان:

إحداهما: أن يقول: أنت أزني من فلانة. قال الشافعي: لم يكن قذفاً إلا أن يريد به قذفاً فجعله من ألفاظ الكنايات في زوجته وفي فلانة المشبه بها، وتابعه أصحابنا على هذا الجواب.

وقالوا: يسأل الزوج وينوي فإن قال: أردت أنك أزنى من فلانة الزانية كان قاذفاً لها ولفلانة وعليه لهما حدان، وإن قال: أردت أنك أزنى من فلانة، وليست فلانة زانية، لم يكن قذفاً لهما جميعاً، لأن التشبه تقتضي تساويهما في الصفة وقد نفى الزنا عن فلانة فصار منفياً عن الزوجة، وإن لم يكن له إرادة لم يكن قذفاً، لأن لفظ الكناية المنوي فيه يسقط حكمه مع عدم النية فهذا ما قاله الشافعي وتابعه أصحابنا على شرحه والصحيح عندي أنه يكون قذفاً صريحاً في زوجته، وكناية في قذف فلانة، أما كونه قذفاً صريحاً لزوجته فلأنه قد صرح فيها بلفظ الزنا وأدخل ألف المبالغة زيادة في تأكيد القذف كما دخلت ألف المبالغة في أكثر مبالغة في التعظيم، فكانت إن لم تزده في هذا القذف شراً لم تفده خيراً.

وقد قال الشاعر.

هـــو أزنـــاهمـــا بظنـــون أفـــا ليـــ ـــــس ممـــن يقـــاد بـــالتقليـــد

فرأى الناس ذلك قذفاً للأم، ولهذا الشعر حديث في هجاء بعض الأمراء قتل به الشاعر فوضح بما ذكرته أنه صريح في قذف زوجته يحد فيه ولا ينوي، وأما فلانة التي جعل زوجته أزنى منها، فيحتمل من لفظه فيها أحد أمرين، إما الاشتراك وإما السلب، فالاشتراك كقولهم: زيد أعلم من عمرو فيكون شريكاً بينهما في العلم وتفضيلاً لزيد على عمرو فيه، وأما السلب فكقول الله تعالى: ﴿**أصحاب الجنة يومئذ خير مستقراً وأحسن مقيلاً**﴾ [الفرقان: ٢٤]. فكان ذلك سلباً للخير عن أهل النار، لأنه لا خير لهم فيها، وإذا احتمل لفظه في فلانة الاشتراك والسلب صار كناية يرجع فيه إلى إرادته، فإن أراد الجمع والتشريك كان قذفاً، وإن أراد به السلب والنفي لم يكن قذفاً، وكذلك لو لم تكن له أرادة.

فصل: أما المسألة الثانية: فهو أن يقول لها: أنت أزنى الناس، قال الشافعي: في الجمع بينهما لم يكن قذفاً إلا أن يريد به قذفاً، فجعله كناية في القذف [فعلل] أصحابنا هذا الجواب حين تابعوه عليه، بأنه شبهها بجميع الناس في المبالغة، ونعلم يقيناً أن جميع الناس ليسوا زناة، فيعلم كذبه يقيناً فلم يكن قذفاً صريحاً، والصحيح عندي أنه يكون قذفاً صريحاً لأمرين:

أحدهما: أن لفظ المبالغة في الصفة إذا أضيفت إلى الجماعة فيهم مشارك فيها مخالف حملت على المشارك في إثبات الصفة، ولم تحمل على المخالف في نفيها، كما لو قال: زيد أعلم أهل البصرة، ـ ومعلوم أن بالبصرة علماء وغير علماء ـ كان محمولاً على إثبات علمه في التشريك بينه وبين جهالها، وكذلك قوله: أنت أزنى الناس، ومعلوم أن في الناس زناة وغير زناة، فوجب أن يكون محمولاً على مبالغة إضافته إلى الزناة، وليس في القذف أبلغ من هذا، لأنه جعلها أزنى من كل زان.

والثاني: أننا لو أخرجنا هذا اللفظ من صريح القذف للتعليل الذي ذكروه من تيقن كذبه لخرج بهذا التعليل من كناية القذف، ولا يصير قاذفاً وإن أراده، لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، فأما ما قطع فيه بالصدق أو قطع فيه بالكذب فليس بقذف، ألا تراه لو قال لبنت شهر: زنيت، لم يكن قذفاً لاستحالته، ولو قذف من ثبت زناها لم يكن قذفاً لاستحالته.

فإن قيل: فقد حكي عن المزني أنه لم يجعله قذفاً وإن أراده. فأخرجه عن صريح القذف وكنايته تصحيحاً لهذا التعليل.

قيل: قد خالفتم المزني في هذا الجواب لأنكم جعلتموه كناية في القذف فبطل بخلافكم له صحة هذا التعليل، على أنني لم أر للمزني في مختصره ولا في جامعه ما حكيتموه عنه من هذا الجواب، وما حكي عنه في غيرها مدخول عليه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا يَا زَانِ كَانَ قَذْفاً وَهَذَا تَرْخِيمٌ كَمَا يُقَالُ لِمَالِكٍ يَا مَالِ وَلِحَارِثٍ يَا حَارِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قذف الرجل المرأة فقال لها: يا زان كان قذفاً، وعلل له الشافعي بأنه ترخيم حذف به الياء والهاء، وكما يقال لمالك: يا مال، ولحارث: يا حار، كما حكاه عنه المزني في هذا المختصر وفي جامعه الكبير.

وحكى عنه حرملة: أنه لو قال لها: يا زاني كان قذفاً، بحذف الهاء، وحدها وإثبات الياء.

وجملته: أنه لو قال لها: يا زان، أو يا زاني، أو يا زانية، كانت هذه الألفاظ الثلاثة سواء في القذف وفي وجوب الحد، وهذا قول أبي حنيفة ومالك، ومن يعتد بمذهبه من الفقهاء.

وقال محمد بن داود: إذا قال لها: يا زان لم يكن قذفاً لها، ولا يصح أن يكون ترخيماً، فاعترض على الشافعي في الحكم والتعليل معاً، واحتج لإبطال الحكم بالقذف، بأنه لا يجوز في موضع اللغة أن يتوجه اللفظ المذكر إلى الإناث كما لا يتوجه اللفظ المؤنث إلى الذكور ليتميز باللفظ من الفريقين، حتى يزول الاشتباه كما قال تعالى: ﴿حرض المؤمنين على القتال﴾ [الأنعام: ٦٥]. فخرج منه المؤمنات، والشافعي جعل هاهنا لفظ المذكر مصروفاً إلى الأنثى وهذا فاسد.

واحتج على إبطال ما علل به الشافعي في الترخيم بثلاثة أشياء:

أحدها: أن الترخيم إنما يستعمل في أسماء الأعلام مثل مالك، وحارث، ولا يستعمل في الأفعال ولا فيما يشتق منها، مثل: زنى، ودخل، وخرج، فلا يقع فيها ترخيم، ولا يقال لداخل: يا داخ، ولا لخارج: يا خار، كذلك في الزنى.

والثاني: أن الترخيم إسقاط حرف واحد كما حذفوا في ترخيم مالك، وحارث، حرفاً واحداً، والشافعي أسقط في ترخيم الزانية حرفين: الياء، والهاء.

والثالث: أن الهاء إذا تطرفت الكلمة لم تحذف إلا أن توصل بما بعدها كما قال امرؤ القيس.

أفاطم مهلاً بعض هذا التدلل ....

والشافعي قد حذفها في ترخيم زانية من غير صلة.

وهذا الاعتراض من ابن داود في الحكم المتفق عليه والترخيم المعلل به من أوضح خطأ وأقبح ذلل، أما الدليل على الحكم في أن يكون قذفاً إذا قال لها يا زان مع ما علل به الشافعي من الترخيم فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القذف بالزنى هو دخول المعرة بالفاحشة، وقد أدخل المعرة عليها بالزنى في قوله لها: يا زان كما أدخلها في قوله: يا زانية، فوجب أن يستويا في حكم القذف كما استوى فيه حكم اللفظ العربي والأعجمي.

والثاني: أن ما فهم منه معنى القذف كان قذفاً صواباً كان أو خطأ، كما لو قال لرجل: زنيتِ بكسر التاء، ولامرأة زنيتَ بفتح التاء، كان قذفاً وإن لحن فيه، لأن القذف مفهوم منه، كذلك في قوله لها: يا زان، وإن كان لحناً عنده.

والثالث: أن هاء التأنيث مستعملة في توجيه الخطاب إلى مؤنث ليزول بها الإشكال والإشارة بالنداء أبلغ منها في إرادة المخاطب فإذا أشار إليها في النداء بقوله: يا زان أغنت الإشارة إليها عن الهاء الموضوعة لتوجيه الخطاب إليها فلم يؤثر حذفها مع وجود الإشارة وأن أثر حذفها مع عدم الإشارة.

وفي هذا انفصال عما احتج به.

وأما الدليل على صحة التعليل بالترخيم فإن الترخيم مستعمل في اللغة والشرع معاً، قرأ ابن مسعود: ﴿ونادوا يا مالك ليقض علينا ربك﴾ [الزخرف: ٧٧]. وقال النبيّ ﷺ: كفى بالسيف شا، يعني شاهداً. واختلف أهل العربية في حد الترخيم فقال بعضهم: يدخل في الاسم المفرد إذا زاد على ثلاثة أحرف.

وقال ثعلب: يدخل في الأسماء والأفعال إذا كان الباقي مفهوم المراد، لأنه لا يدخل في أسماء الأعلام كلها إذا لم يعلم باقيها مثل طالوت وجالوت، ولا يمنع في أسماء الأفعال كلها إذا فهم باقيها مثل مالك مشتق من ملك، وحارث من حرث وصاحب من صحب.

فبطل بذلك ما قاله ابن داود من اختصاصه بالأسماء دون الأفعال، وليس لها لما استشهد به من امتناعه في بعض الأفعال تأثير، لأن باقيها غير مفهوم.

أما قوله: إنه لا يحذف بالترخيم إلا حرف واحد فهو جهل منه بالعربية، لأنه قد يحذف بالترخيم حرفان وأكثر ما بعد الحرف الثالث من الاسم معتلاً. والحروف المعتلة: الألف والياء والواو، فيقول في عثمان يا عثم، وفي منصور: يا منص، وفي مروان: يا مرو، وقد قال النبيّ ﷺ: كفى بالسيف شا، يعني شاهداً، فحذف ثلاثة أحرف، ونادى أبا هريرة فقال: «يا أبا هر، فحذف من كنيته ثلاثة أحرف، أما قوله: إن

الهاء إذا تطرفت الكلمة لم تحذف في الترخيم إلا أن تكون موصولة بما بعدها، فخطأ، لأن ما فهم المراد به جاز الاقتصار عليه في الترخيم وغيره، وإن تطرفت الهاء.

قال الشاعر.

قِفِـي قَبْـلَ التَّفَـرُّقِ يَـا ضُبَـاعَـا .... (١)

يعني ضباعة. وقوله لها يا زان، كلمة مفهومة المراد فجاز الاقتصار عليها في تعلق الحكم بها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلَوْ قَالَتْ يَا زَانِيَةُ أَكْمَلَتِ الْقَذْفَ وَزَادَتْهُ حَرْفاً أَوِ اثْنَيْنِ (وقال) بَعْضُ النَّاس إذا قَالَ لَهَا يَا زَانِ لَاعَنَ أَوْ حُدَّ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالى يَقُولُ ﴿وَقَالَ نِسْوَةٌ﴾ وَقَالَ وَلَوْ قَالَتْ لَهُ يَا زَانِيَةُ لَم تُحَدَّ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَهَذَا جَهْلٌ بِلِسَانِ الْعَرَبِ إِذَا تَقَدَّمَ فِعْلُ الْجَمَاعَةِ مِنَ النِّسَاءِ كَانَ الْفِعْلُ مُذَكَّراً مِثْلَ قَالَ نِسْوَةٌ وَخَرَجَ النِّسْوَةُ وَإِذَا كَانَتْ وَاحِدةً فَالْفَعْلُ مُؤَنَّثٌ مِثْلُ قَالَتْ وَجَلَسَتْ».

قال الماوردي: وإنما عنى الشافعي ببعض الناس أبا حنيفة، فإنه موافق في الرجل إذا قال لها: يا زان، أنه يكون قذفاً، وخالف في المرأة إذا قالت له: يا زانية، فقال لا يكون قذفاً، وتابعه عليه أبو يوسف، وعلى مذهب الشافعي يكون قذفاً ولا فرق بين أن يكون ذلك من زوجتين أو أجنبيتين، ووافقه عليه أبو محمد بن الحسن، واستدل من نصر قول أبي حنيفة بأن العرب تذكر المؤنث ولا تؤنث المذكر استشهاداً بآيتين حكى الشافعي عنهما إحداهما وهي قوله تعالى: **﴿وقال نسوة في المدينة﴾** [يوسف: ٣٠]. ولم يقل وقالت وحكى أصحابه عنه الأخرى وهي قوله تعالى: **﴿فلما رأى الشمس بازغة قال هذا ربي﴾** [الأنعام: ٧٨]. ولم يقل هذه، فلذلك جعل قول الرجل لها يا زان قذفاً، لأنه تذكير مؤنث وذلك جائز، ولم يجعل قول المرأة له يا زانية قذفاً لأنه تأنيث مذكر وذلك غير جائز، وقالوا؛ ولأن الزيادة بإدخال الهاء تغير معنى الكلمة من وجهين:

أحدهما: أنها تصير كناية لخروجها عن المعهود إلى غير معهود والكناية لا تكون قذفاً.

---

(١) صدر بيت من الوافر للقطامي وعجزه:

.... وَلايَـكُ مَـوْقِـفٌ مِنْـكِ الـوَداعَـا

ديوانه ص (٣١) وخزانة الأدب (٢/٣٦٧) وشرح أبيات سيبويه (١/ ٤٤٤) والكتاب (٢/ ٢٤٣) والدرر (٣/ ٥٧) وشرح شواهد المغني (٢/ ٨٤٩) واللسان [ضبع، ودع] والمقتضب (٤/ ٩٤) وانظر شرح المفصل لابن يعيش(٧/ ٩١) وشرح الأشموني (٢/ ٤٦٨) ومغني اللبيب (٢/ ٤٥٢).

والثاني: أنه عبر عن زنا الرجل بزنا المرأة، وزنا المرأة تمكين وزنا الرجل فعل، فإذا نسب الرجل إلى التمكين وسلب الفعل لم يكن زانياً فلم يصر ذلك قذفاً.

والدليل على أنه قذف: هو أن اللفظ إذا كان مفهوم المعنى معقول المراد ثبت حكمه صواباً كان أو لحناً كالذي قدمناه، ومفهوم من قولها: يا زانية، إرادة القذف فوجب أن يكون قذفاً، كما لو قال لها: يا زان، وتحرير هذا المعنى قياساً أن كل ما كان صريحاً في مقذوف كان صريحاً في كل مقذوف كاللفظ المذكر في النساء، ولأن العلامة الفاصلة بين الذكور والإناث تسقط مع الإشارة إلى الغير كقوله لعبده أنت حر، ولأن كل لفظ استوى الذكور والإناث في حكم تذكيره استويا في حكم تأنيثه كالعتق ولأن دخول الهاء على اللفظ المذكر موضوع للمبالغة دون السلب كما قال تعالى: ﴿**بل الإنسان على نفسه بصيرة**﴾ [القيامة: ١٤]. كقولهم: علامة ونساية، فلم يجز مع دخولها للمبالغة أن تسلب لفظ القذف حكمه، ولأن زيادة الهاء التي لا يفتقر اللفظ إليها إن لم توجب زيادة الحكم لم تقتض نقصاناً منه لأن أسوأ أحوالها أن تكون لغواً.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن المؤنث يذكر والمؤنث لا يؤنث، فهو أنه لا يجوز تذكير المؤنث ولا تأنيث المذكر لما فيه من اشتباه اللفظ وإشكال الخطاب، وإنما الهاء الموضوعة للتأنيث ربما حذفت من المؤنث كقولهم «عين كحيل»، و«كف خصيب»، وأدخلت على المذكر كقولهم: «رجل داهية وراوية»، فصار حذفها من المؤنث كدخولها على المذكر إذا زال الإشكال عنهما فلم يكن للفرق بينهما وجه ـ فأما قوله تعالى: ﴿**وقال نسوة في المدينة**﴾ فلأن فعل المؤنث إذا تقدم ذكر جمعه وأنث واحده ـ كما قال تعالى في الجمع: «وقال نسوة» وقال في الواحدة: ﴿**قالت امرأة العزيز**﴾ [يوسف: ٥١] فأما إذا تأخر الفعل عنهن كان مؤنثاً في الجمع والانفراد تقول: النساء قلن والمرأة قالت.

أما قوله تعالى: ﴿**فلما رأى الشمس بازغة قال هذا ربي**﴾ [الأنعام: ٧٨] فعنه جوابان: :

أحدهما: أنه أشار بذلك إلى الرب بأنه الشمس ولم يشر به إلى الشمس بأنها الرب.

والثاني: أنه أشار بذلك إلى شعاع الشمس وشعاعها مذكر.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الزيادة في الكلمة تغير معناها فهو: وإن غيرت للمبالغة دون السلب إثباتاً للزيادة دون النقصان، وقولهم: تصير كناية لخروجها عن المعهود فتعليل ينتقض عليهم بقوله لها: يازان، وقولهم: إنه أضاف إلى الرجل زنا المرأة فسلبه فعل الزنا فهو خطأ لأن زنا كل واحد منهما مضاف إلى فعله لا إلى فعل

صاحبه، فإذا عبر عن كل واحد منهما بلفظ صاحبه لم يسلبه حكم فعله وإن سلبه صفه لفظه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَقَائِلٌ هَذَا القَوْلَ لَوْ قَالَ رَجُلٌ زَنَأْت فِي الجَبَلِ حُدَّ لَهُ وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً عِنْدَ العَرَبِ أَنَّهُ صَعِدَتْ فِي الجَبَلِ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يُحْلَفُ مَا أَرَادَ إِلاَّ الرُّقِيِّ فِي الجَبَلِ وَلاَ حَدَّ فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حُدَّ إِذَا حَلَفَ المَقْذُوفُ لَقَدْ أَرَادَ القَذْفَ».

قال الماوردي: وهذا مما خالف فيه أبو حنيفة فقال: إذا قال لها زنأت في الجبل كان قذفاً صريحاً يوجب حد.

وقال الشافعي: زنأت في الجبل هو الترقي فيه فلا يكون قذفاً إن لم يرده.

وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو الطيب بن أبي سلمة: إن كان قائل ذلك من أهل العربية لم يكن قذفاً وإن كان ممن لا يعرفها كان قذفاً، فأما أبو حنيفة فاستدل على أنه قذف: بأن لفظ الزنا يقصر تارة ويمد أخرى، فيقال: زنأت. وزنيت، قال الشاعر.

كانت فريضة ما تقول كما   كان الزنا فريضة الرجم[1]

وإذا استوى في القذف زنأت وزنيت لم تكن إضافته إلى الجبل مخرجاً له من القذف، كما لو قال له: زنيت في الجبل، كان قذفاً فلم تخرجه الإضافة إلى الجبل من أن يكون قذفاً، أما أبو الطيب بن أبي سلمة فإنه فرق بين النحوي والعامي، فإن النحوي لوقوفه على معاني الألفاظ يفرق بين قوله: زنات في الجبل فيعلم أنه الترقي فيه، وبين قوله: زنيت في الجبل فيعلم أنه إتيان الفاحشة فيه، والعامي لا يفرق بينهما، فكان من العامي قذفاً لجهله بالفرق بينهما ولم يكن من النحوي قذفاً لعلمه بالفرق بينهما.

كما إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت الدار، يفرق في حق النحوي بين كسر إن وفتحها، ، فإن فتحها فقال: أنت طالق أن دخلت الدار كان خبراً، والطلاق واقع؛ لأن تقديره: أنت طالق لأنك دخلت الدار، وإن كسرها فقال: أنت طالق إن دخلت الدار، كانت شرطاً، لا تطلق حتى تدخل الدار؛ لأن تقديره: أنت طالق إذا دخلت الدار.

---

(١) البيت للنابغة الجعدي وهو في اللسان م زنى.

والدليل على أنه لا يكون قذفاً إذا لم تر أن الأحكام تعتبر بحقيقة اللفظ دون مجازه من العالم والجاهل إذا تجرد عن نية وإرادة، كصريح الطلاق وكنايته وحقيقة قوله: زنأت في الجبل، هو الصعود إليه والترقي فيه، يقال زنأ يزنأ وزنوأ إذ صعد فيه، وزنى يزني زناً، إذ فجر، يمد ويقصر، والقصر أكثر.

والفرق بينهما في حقيقة اللسان وعرف الاستعمال مشهوره، حكي أن امرأة من العرب كانت ترقص ابناً وهي تقول:

أشبه أبا أمك أو أشبه جمل ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح في مضجعه قد انجدل وأرق إلى الخيرات زنأ في الجبل

قولها: «أشبه أبا أمك» يعني أباها الذي هو جده لأمه.

وأشبه جمل هو نجيب من قومه، ولعله أبوه، ومعناه أشبه هذا أو هذا، ولا تكونن كهلوف.

الهلوف: الرجل الجافي العظيم.

والوكل: الضعيف، ومعناه لا تكونن رجلاً ثقيل الجسم مسترخياً.

يصبح في مضجعه قد انجدل، يعني وقع على الأرض، لأن الأرض تسمى الجداله.

وأرق إلى الخيرات معناه واصعد إليها.

زنأ في الجبل: أي كصعودك فيه ومعناه انك تعلو بصعودك إلى الخيرات كما تعلو بصعودك في الجبل. وهذا لسان من قد فطر على العربية ولم يتكلفها فكانت الفاظه حقيقة في معانيها. فلم يجز أن يعدل بزنأ في الجبل عن حقيقته ولا أن يعلق الحكم فيه بمجازه، ولأن زنأت في الجبل لو كان حقيقة في الصعود وحقيقة في الفاحشة لكان ما قرن به من ذكر الجبل يصرفه عن حقيقة الفجور الصعود؛ لأن القرائن تصرف حقائق الألفاظ المطلقة إلى حقائق قرائنها.

ألا تراه لو قال لها: أنت طالق من وثاق لم يقع به الطلاق، وإن كان يقع بمجرد قوله: أنت طالق، لأن القرينة بقوله: من وثاق قد صرفته عن حقيقته إلى مجازه، وكذلك قوله زنأت في الجبل، فعلى هذا لو قال لها: زنأت ولم يقل في الجبل لم يكن على الاستدلال الأول قذفاً، وكان على الاستدلال الثاني قذفاً، فصار على وجهين وفيما أوضحناه من هذين الاستدلالين انفصال عما تقدم الاحتجاج به إذا استوضح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ زَنَيْتِ وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ أَوْ قَالَ وَأَنْتِ نَصْرَانِيَّةٌ

أَوْ أَمَةٌ وَقَدْ كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً أَوْ أَمَةً وَقَالَ مُسْتَكْرَهَةً أَوْ زَنَى بِكِ صَبِيٌّ لاَ يُجَامِعُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَدٌّ وَيُعَزَّرُ لِلأَذَى إِلاَّ أَنْ يَلْتَعِنَ».

قال الماوردي: جمع الشافعي ها هنا بين خمس مسائل لاتفاق أحكامها مع اختلاف أقسامها، ونحن نفرد كل مسألة منها لتوضيح أقسامها وأحكامها:

فالمسألة الأولى: إذا قال لها: زنيت وأنت صغيرة، فيسأل عما أراد من حال صغرها فإنه لا يخلو من أحد حالين:

أحدهما: أن تكون طفلة لا يجامع مثلها كابنة سنة أو سنتين فهذا يستحيل صدقة ويتحقق كذبه فلا يكون قذفاً لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، ويعزر للفحش والخنا تعزير الاذى لا تعزير القذف، ولا يلاعن من هذا التعزير لخروجه عن حكم القذف.

والحال الثانية: أن تكون مشتدة يجامع مثلها كابنة سبع أو ثمان، فهذا قذف لاحتماله الصدق والكذب لكن لا حد عليه لعدم كمالها، وإنها لو زنت لم تحد فلم يجب الحد على قاذفها ولكن يعزر تعزير القذف لكونه قاذفاً وله أن يلاعن منه فيسقط عنه.

والفرق بين تعزير الأذى وتعزير القذف من وجهين:

أحدهما: أن تعزير الأذى موقوف على مطالبة الإمام دونها وتعزير القذف موقوف على مطالبتها دون الإمام.

والثاني: أنه يلاعن في تعزير القذف ولا يلاعن في تعزير الأذى.

فصل:المسألة الثانية أن يقول لها: زنيت وأنت نصرانية أو يهودية فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم أنها كانت نصرانية.

والثاني: أن يعلم أنها لم تزل مسلمة.

والثالث: أن يجهل حالها.

فأما الحال الأولى وهو أن يعلم أنها كانت نصرانية فلا حد عليه بقذفها في حال النصرانية لعدم كمالها ويعزر تعزير القذف؛ لأنه قاذف وله أن يلاعن منه، فلو اختلفا فقالت: أردت قذفي بعد إسلامي فعليك الحد، وقال: بل أردت قذفك قبل إسلامك فلا حد عليّ، فالذي قاله أبو القاسم الداركي، وأبو حامد الإسفراييني: أن القول قولها مع يمينها، وعليه الحد إلا أن يلاعن.

لأن قوله: زنيت يقتضي القذف في الحال، وقوله: وأنت نصرانية يقتضي الإخبار عن تقدم حالها، فصار الظاهر معها، والذي أراه أن القول قوله مع يمينه ولا حد عليه لأنه لما وصل قوله: زنيت، بقوله وأنت نصرانية كان أظهر احتماليه إضافة الزنا إلى النصرانية ليكون أحدهما تعلق بالآخر، ولو استوى الاحتمالان لوجب أن تدرأ الحدود بالشبهات.

وأما الحال الثانية: وهو أن يعلم أنها لم تزل مسلمة فقد صار قاذفاً لها بالزنا، ورامياً لها بالكفر، فعليه الحد في قذفها إلا أن يلاعن وعليه التعزير في رميها بالنصرانية لأجل الأذى.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يجهل حالها، فلم يعلم هل كانت نصرانية أم لا؟ فإنها تسأل فإن اعترفت بتقدم النصرانية كان على ما مضى إذا علم نصرانيتها وإن لم تعترف بالنصرانية وأنكرتها، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قوله مع يمينه ويعزر ولا حد عليه؛ لأن دار الإسلام تجمع الفريقين، وجنب المؤمن حمى، والحدود تدرأ بالشبهات، وله أن يلاعن في هذا التعزير لأنه تعزير قذف.

والقول الثاني: أن القول قولها مع يمينها أنها لم تزل مسلمة ويحد لها إلا أن يلتعن؛ لأن الظاهر من دار الإسلام إسلام أهلها، فجرى حكم الإسلام عليهم كما يجري حكم الإسلام على اللقيط إذا جهلت حاله.

فصل:والمسألة الثالثة: إذا قال لها: زنيت وأنت أمه، فلها أربعة أحوال:

أحدها: أن يعلم أنها أمة في الحال فيعزر لقذفها ولا يحد لنقصها عن حال الكمال ويلاعن من هذا التعزير؛ لأنه تعزير قذف.

والحال الثانية: أن يعلم أنها حرة في الحال وأمة من قبل فيعزر تعزير قذف ولا يحد، فإن اختلف في القذف فقالت: أردت به قذفي بعد الحرية وقال: أردت به قذفك قبلها، فعلى قول أبي القاسم الداركي، وأبي حامد الاسفراييني: القول قولها مع يمينها ويحد لها وعلى ما أراه وأصح القولين: أن القول قوله مع يمينه ويعزر ولا يحد.

والحال الثالثة: أن يعلم أنها لم تزل حرة، فيحد لقذفها ولا يعزر لرميها بالرق، وإن عزر لرميها بالكفر؛ لأن الكفر اعتقاد يمكن حدوثه بعد الإسلام.

فصار في الرمي به معرة، والرق لا يمكن حدوثه بعد الحرية في مسلم، فلم يكن في الرمي به معرة فافترقا في التعزير لافتراقهما في المعرة.

والحال الرابعة: أن يجهل حالها في تقدم الرق مع تحقق حريتها في الوقت ففيه عند اختلافهما قولان:

أحدهما: أن القول قوله مع يمينه أنها كانت أمة ويعزر لها تعزير القذف ولا يحد، لأن دار الإسلام تجمع الأحرار والمماليك. والحدود تدرأ بالشبهات.

والقول الثاني: أن القول قولها مع يمينها أنها لم تزل حرة، ويحد لها إلا أن يلتعن، لأن الأصل في الناس الحرية، والرق طارىء، فكان الظاهر معها، ولو كان لواحد منهما بينة عمل على القولين معاً.

فصل: والمسألة الرابعة: أن يقول لها: زنيت وأنت مستكرهة على الزنا، فهذا ليس بقاذف لأنه ما نسبها إلى ما يعرها. فلم يجب عليه حد القذف ولا تعزيره، وفي تعزيره للأذى وجهان:

أحدهما: لا يعزر لانتفاء معرة الزنا.

والثاني: يعزر للأذى، لأن فيه أذى بما أضاف إليها من اختلاط النسب، وهكذا لو قال لها: وطئت بشبهة لم يكن قاذفاً، وفي تعزيره للأذى وجهان.

فصل: والمسألة الخامسة: إذا قال لها زنا بك صبي لا يجامع مثله فهذا ليس بقاذف لاستحالته ويعزر للأذى ولا يلتعن فهذا تفصيل ما جمعه الشافعي من المسائل الخمس، وقوله فيها ويعزر للأذى إلا أن يلتعن إشارة إلى أذى القذف دون أذى الفحش والخنا، وعبر عن تعزير القذف بتعزير الأذى؛ لأن القذف أذى، وفيما شرحناه من التفصيل زوال ما أشكل من إطلاقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ زَنَيْتِ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكِ حُدَّ وَلاَ لِعَانَ لأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى يَوْمِ تَكَلَّمَ بِهِ وَيَوْم تَوَقُّعَه».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن من قذف زوجته بزنا كان منها قبل أن يتزوجها أنه يحد ولا يلاعن اعتباراً بوقت الزنا.

وقال أبو حنيفة يلاعن اعتباراً بوقت القذف وتقدم من الحجاج عليه ما أغنى، فإن قيل: فهلا لاعن من القذف بالزنا المتقدم قبل نكاحه؟ لأنها قد تحبل منه فيلحقه الولد فصارت الضرورة داعية إلى قذفها ولعانه لينتفي عنه نسب الزنا، قيل: قد كان يمكن إطلاق القذف من غير إضافة إلى زمان معين فيجوز له أن يلاعن وعلى أنه لو لاعن من هذا القذف وليست حاملاً لم ينتف عنه نسب ولد تضعه بعد لعانه، فإن ولدت، بعد هذا القذف ولداً نظر زمان ولادته، فإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت نكاحه فهو منفي عنه بغير لعان لعلمنا بتقدم علوقه على نكاحه، وإن ولدته بعد نكاحه لستة اشهر فصاعداً فهو لاحق به بحكم الفراش واختلف أصحابنا حينئذ، هل له أن يلتعن لنفيه بذاك القذف المتقدم الذي نسب الزنا فيه إلى ما قبل نكاحه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه لا يجوز أن يلتعن به إلا أن يستأنف قذفاً مطلقاً، لأنه كان في القذف الأول في حكم الأجانب بمنعه من الالتعان فيه، فصار كما لو قذفها ثم تزوجها لم يكن له أن يلتعن منه سواء وضعت الولد أو لم تضع، فعلى هذا إن لم يحدد قذفاً مطلقاً، حد للقذف، الأول ولحق به الولد ولم يكن له أن ينفيه وإن جدد قذفاً مطلقاً، حد للقذف الأول ولاعن بالقذف الثاني لنفي الولد ولم يسقط حد القذف الأول باللعان في القذف الثاني لاختلافهما في الحكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجوز أن يلتعن منه إذا ولدت ولم يجز أن يلتعن لو لم تلد لأن الضرورة تدعوه إلى الالتعان مع الولادة ولا تدعوه مع عدمها؛ ولأن يصدق في إضافة القذف إلى ما قبل نكاحه أولى من أن يستأنف قذفاً مطلقاً يتجوز في إرساله فعلى هذا إذا التعن مقتصراً على القذف الأول أجزاه وانتفى به الولد، وسقط به الحد، ولو جد بعد القذف الأول قذفاً ثانياً نظر فيه، فإن أضافه إلى زمان نكاحه فهو غير الزنا الأول فعلى هذا يلاعن من القذف الثاني وينفي به الولد ولا يسقط به حد القذف الأول لتميزه عن نفي الولد فصار كوجوبه مع عدم الولد والله أعلم.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ قَذَفَهَا وَلاعَنَهَا وَطَلَبَتْهُ بِحَدِّ القَذْفِ قَبْلَ النِّكَاحِ حُدَّ لَهَا وَلَوْ لَمْ يَلْتَعِنْ حَتَّى حَدَّهُ الإِمَامُ بِالْقَذْفِ الأَوَّلِ ثُمَّ طَلَبَتْهُ بِالْقَذْفِ بَعْدَ النِّكَاحِ لاَعَنَ لأَنَّ حُكْمَهُ قَاذِفاً غَيْرَ زَوْجَتِهِ وَحُكْمَهُ قَاذِفاً زَوْجَتَهُ الحَدُّ أَوِ اللِّعَانُ».

قال الماوردي: وهذه مسألة قسم الشافعي أحوالها ثلاثة أقسام ولها مقدمة يجب أن يبدأ بها ليكون جواب هذه الأقسام محمولاً عليها، ومقدمتها مصورة في رجل قذف أجنبية ثم قذفها ثانية وهي أجنبية، فلا يخلو حال القذف الثاني من أحد أمرين: إما أن يكون قبل حد القذف الأول أو بعده، فإن كان القذف الثاني بعد أن حد من القذف الأول فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقذفها ثانية بالزنا الأول فليس عليه في القذف الثاني حد؛ لأنهما قذف بزنا واحد، وقد حد فيه فلم يجز أن يعاد الحد فيه؛ لأن لا يجتمع في القذف بالزنا الواحد حدان كما لا يجوز أن يجتمع في فعل الزنا الواحد حدان، ولكن يعزر في إعادة القذف الثاني لأجل الأذى.

والضرب الثاني: أن يقذفها ثانية بزنا ثان غير الزنا الأول فيجب عليه حد ثان بعد الحد الأول لأنه قذف بزنائين، فإذا حد لأحدهما وجب أن يحد للآخر كما لو زنا

فحد، ثم زنا ثانية يحد حداً ثانياً، فهذا حكم القذف الثاني إذا كان بعد حد القذف الأول، وأما أن كان قبل القذف الأول، فهو أيضاً على ضربين:

أحدهما: أن يكون القذف الثاني بالزنا الأول، فلا يلزمه في القذفين إلا حد واحد لأنهما بزناء واحد؛ كما لو كرر لفظ القذف لوقته فقال: زنيت، زنيت، لم يكن عليه إلا حد واحد.

والضرب الثاني: أن يكون القذف الثاني بزناء ثان غير الزنا الأول كأنه قال في القذف الاول زنا بك زيد، ثم قال في القذف الثاني: زنا بك عمرو ففيهما قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد، ونصّ عليه في القديم، أنه ليس عليه فيهما إلا حد واحد ويدخل أحد القذفين في الآخر لأن فعل الزنا أغلظ من القذف به، وقد ثبت أنه لو زنى فلم يحد حتى زنى حد لهما حداً واحداً.

والقول الثاني: وهو مخرج من دليل كلامه في القديم لأنه قال: عليه لهما حد واحد، ولو قيل عليه حدان كان مذهباً فخرجه أصحابنا قولاً ثانياً في القديم ثم إن لهذين القذفين حدان، بخلاف الزنائين، لأن حد الزنى من حقوق الله تعالى المحضة، فجاز أن يتداخل وحد القذف من حقوق الآدميين فلم يجز أن يتداخل.

مسألة: فإذا ثبتت هذه المقدمة: فصورة مسألة الكتاب في رجل قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانية بعد التزويج، وفي المقدمة كان القذفان من غير تزويج، فإذا كان كذلك لم يخل حال القذف الأول من أن يكون قد حد له قبل القذف الثاني، أو لم يحد، فإن كان قد حد له، وقد قذفها ثانية في التزويج بعد أن حد للأول قبل التزويج، فالقذف الثاني على ضربين:

أحدهما: أن يكون بالزنى الأول، فلا حد عليه في القذف الثاني، لأنه حد له في الأول لكن يعزر للأذى ولا يجوز أن يلتعن بالقذف الثاني؛ لأنه بزناء قبل نكاحه.

والضرب الثاني: أن يكون القذف بزناء ثان بعد الزوجية فعليه حد ثان. ويجوز أن يلتعن منه لأن القذف الأول تقضى حكمه قبل الزوجية، وقد قذف مبتدأً بعد الزوجية فانفرد[1] بحكمه فإن كان القذف الثاني قبل حده من القذف الأول، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون بالزنا الأول، فليس عليه فيها إلا حداً واحداً، لأنه قذف بزناء واحد، ولا يجوز أن يلاعن منه؛ لأنه عن زنا قبل الزوجية، إلا أن يكون ولد، ففي جواز لعانه وجهان على ما ذكرناه:

---

(١) في أ منفرد.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق لا يلتعن منه مع الولد كما لا يلتعن منه مع عدمه، فعلى هذا يحد للقذفين حداً واحداً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجوز أن يلتعن منه مع وجود الولد، وإن لم يلتعن منه مع عدمه للضرورة، فعلى هذا لا يسقط عنه حد القذف الأول ويجمع عليه بين الحد واللعان لأن اللعان لا يسقط حد قذف قبل الزوجية.

والضرب الثاني: أن يكون القذف الثاني بزناء ثان بعد الزوجية، فيصير قاذفاً لها بزنائين:

أحدهما: قبل الزوجية يوجب الحد ولا يسقط اللعان.

والثاني: في الزوجية يوجب الحد ويسقط اللعان، فلما اختلف حكم القذفين وجب أن يجمع عليه بين الحدين، وخالف من هذا الوجه قذفي الأجنبي. حيث لم يجب عليه فيهما إلا حد واحد في أحد القولين؛ لأن قذفي الأجنبية متفقا الحكم فتداخلا، وقذفا الزوجية مختلفا الحكم فلم يتداخلا.

وقال أبو إسحاق المروزي: وإذا جمع بين هذين الحدين لاختلاف حكمهما وإن تجانسا وجب إذا زنى وهو بكر فلم يحد حتى زنى بعد إحصانه ان يحد حدين لاختلاف حكمهما وإن تجانسا؛ لأن الحد الأول جلد، والثاني رجم، فيجلد ويرجم، وهذا غلط لأن حد الزنى من حقوق الله عز وجل، فجاز أن يدخل أخفهما في أغلظهما عند التجانس كما يدخل الحدث في الجنابة، ولم يجز مثل ذلك في حقوق الآدميين.

فصل: فإذا ثبت أن عليه في هذين القذفين حدين يلاعن في الثاني منهما ولا يلاعن في الأول لم يخل حالها عند المطالبة [من ثلاثة أحوال ذكرها الشافعي:

أحدها: أن تقدم المطالبة بالقذف الأول، فيحد لها في وقته، فإذا طالبته][1] بعده بالقذف الثاني نظر فإن قدمت المطالبة بالقذف الأول فإن لاعن منه التعن لوقته وإن لم يلاعن حد للثاني بعد أن يبرأ جلده من الأول، لئلا يوالي عليه بين حدين.

والحال الثانية: أن تقدم المطالبة بالقذف الثاني، فإن التعن منه حد بعده للقذف الأول إذا طالبته به، وإن لم يلتعن حد له، ووقف حده للأول حتى يبرأ جلده ولا يكون لعانه كالبينة في سقوط القذف الأول.

وإن كان كالبينة في سقوط قذف من بعده؛ لأن ما قبل اللعان مستقر وما بعده غير مستقر.

والحال الثالثة: أن تطلبهما ولا تقدم أحدهما، فيقال لها: الحق في القذف الثاني

---

(١) سقط في أ.

مشترك بينكما لأن له أن يلتعن منه، وهو في الأول خالص، ولا بد من تعيينه عند الاستيفاء، وحقك فيهما أقوى، ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر والرجوع فيهما إلى خيارك لقوة حقك فيهما على حق الزوج، فأيهما قدم في الاستيفاء كان على ما مضى، فإن اختلفا أو طالب الزوج تقديم الثاني ليلتعن منه، وطلبت الزوجة تقديم الأول ليحد فيه فيعمل فيه على قول الزوجة دون الزوج، لأنها طالبة، والزوج مطلوب، فلو استوفى منه أحد الحدين ثم اختلفا فيه فقال الزوج: هو الحد الأول ولي أن التعن من الثاني، وقالت الزوجة: بل هو الحد الثاني وليس لك أن تلتعن من الحد الأول، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه لأنه على حقه من اللعان فلم يقبل قول الزوجة في إسقاطه.

فصل: فأما إذا قذف زوجه ثم طلقها ثلاثاً، ثم قذفها بعد الطلاق بزناء آخر فهذه المسألة هي عكس مسألة الكتاب لأن القذف الأول ها هنا في حكم القذف الثاني هناك لأنهما في الزوجية، والقذف الثاني ها هنا في حكم القذف الأول هناك لأنهما في أجنبية فيكون القذف فيهما واحداً، فتعلق على كل واحد من القذفين حكمه على ما بيناه من تقسيم وجواب.

فصل: فأما إذا قذف زوجه والتعن منها ثم قذفها بعد اللعان بزناء آخر فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينسبه إلى ما بعد لعانه، فلا حد عليه فيه، لأن حصانتها معه قد ارتفعت بلعانه، فإن كانت حصانتها باقية مع غيره، وجرى لعانه في حقه مجرى البينة في حقه وحق غيره، فإذا سقط الحد عنه عزر للأذى.

والقسم الثاني: أن ينسبه إلى ما قبل لعانه وقبل زوجيته فيحد فيه؛ لأنها كانت أجنبية منه، ولا يسقط ذلك الحد بما تجدد من لعانه.

والقسم الثالث: أن ينسبه إلى ما بعد نكاحها وقبل لعانها، ففيه وجهان:

أحدهما: يحد لها؛ لأنها قبل التعانه منها باقية على حصانتها.

والوجه الثاني: لا حد عليه لكن يعزر تعزير القذف؛ لأن اللعان إذا نفى ما تقدم من النسب رفع ما تقدمه من الحصانة ولا يجوز على كلا الوجهين أن يعيد اللعان لإسقاط الحد ولا التعزير إلا ان ينفي به نسبا لم ينفه بلعانه فيجوز للضرورة إلى نفيه ان يلتعن ثانية لنفيه فيتبعه سقوط الحد والتعزير.

فصل: وإذا قذف زوجته بالزنا ولم يلتعن حتى قذفها بزناء آخر ففيهما قولان:

أحدهما: عليه فيهما حد واحد.

والقول الثاني: حدان، وقد ذكرنا توجيه القولين وتخريجهما فإن لاعن منهما

التعن لعاناً واحداً يسقط به الحدان معاً؛ لأنه اللعان يمين فجاز أن يسقط به الحدان إذا كانا لشخص واحد كاليمين على حقين من مال.

ولو قذف زوجتين فوجب عليه حدان التعن منهما لعانين ولم يجمع بينهما في لعان واحد لأنهما حقان فوجب لشخص فاختص إسقاط كل واحد من الحقين بيمين كإسقاط حقي مال لشخصين لا يكون إلا بيمينين، وإذا صح أنه في القذفين من الزوجة الواحدة يلتعن فيهما لعاناً واحداً لزمه أن يذكر القذفين؛ لأن صدقه في أحدهما لا يوجب صدقه في الآخر فلم يؤمن إذا ذكر أحدهما في لعانه أن يكون صادقاً فيه كاذباً في الآخر فكذلك لزمه أن يذكرهما، فإن لم يكن قد سمى فيهما زانياً قال: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما[قذفتهابه من الزنا الأول ومن الزنا الثاني وإن سماهما قال: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما][1] رميتها به من الزنا بفلان وفلان، وإن سمى أحدهما ولم يسم الآخر، بدأ بذكر من سماه ثم بالآخر، سواء إن تقدم أو تأخر فقال: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، وفيما رميتها به من الزنا الآخر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ لَهُ بَلْ أَنْتَ زَانٍ لاَعَنَهَا وَحُدَّتْ لَهُ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ لاَ حَدَّ وَلاَ لِعَانَ فَأَبْطَلَ الحُكْمَيْنِ جَمِيعاً وَكَانَتْ حُجَّتُهُ أَنْ قَالَ أَسْتَقْبِحُ أَنْ أُلاعِنَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ أَحُدَّهَا وَمَا قَبُحَ فَأَقْبَحَ مِنْهُ تَعْطِيلُ حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا قذفها وقذفته فقال لها: يازانية، فقالت: بل أنت زان، وجب على كل منهما لصاحبه حد القذف، فيجب عليه الحد لها بقوله: يا زانية، ويجب عليها الحد له بقولها: بل أنت، فإن لم يلتعن حد لها وحدت له، وإن التعن والتعنت سقط عنه حد القذف بلعانه، وسقط عنها حد الزنا دون حد القذف.

فإن التعن ولم تلتعن هي سقط عنه حد القذف بلعانه ووجب عليها حدان، حد الزنا وحد القذف ويقدم حد القذف على حد الزنا لتقدم وجوبه، ولأنه من حقوق الآدميين، فإن كانت بكراً حدها الجلد لا يوالي عليها بين الحدين وأمهلت بينهما ليبرأ جلدها، وإن كانت ثيباً حدها الرجم رجمت لوقتها، وإن لم يلتعن الزوج منها، حد لها حد القذف، وحدت له حد القذف، ولم يتقاصا الحدين لأن القذف لا يدخله القصاص، ألا ترى أن رجلاً لو قذف رجلاً لم يكن له أن يقتص من القاذف بأن يقذفه مثل قذفه، فإذا لم يتقاصا القذف، لم يتقاصا حد القذف، ولكن لو تبارآ وعفى كل

---

(١) سقط في أ.

واحد منهما عن صاحبه جاز فسقط الحدان بعفوهما لا بقصاصهما، فهذا شرح مذهبنا في قذفه لها وقذفها له.

وقال أبو حنيفة: رضي الله عنه إذا قذفها فقذفته لم يجز أن يلتعنا، وحدت لقذفه ولم يحد لقذفها، استدلالاً باستقباح الجمع بين الحد واللعان، لأن من حد لم يلتعن، ومن التعن لم يحد، قالوا: ولأن اللعان حد فلا يوالى بين حدين.

قالوا: ولأن من أصلنا أن المحدود لا يلتعن، وهذه في لزوم الحد لها كالمحدودة، فوجب أن تسقط به الحدود.

ودليلنا قوله عز وجل: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] فكان على عمومه في جواز اللعان لقذفه لأنهما قذفان فلا يسقط حكم أحدهما بالآخر، كتقاذف الأجنبيين، ولأن اختلاف حكم القذفين عند انفرادهما لا يوجب سقوط أحدهما بالآخر عند اجتماعهما كتقاذف الحر والعبد ولأن كل واحد منهما قد صار قاذفاً ومقذوفاً فصارت حالهما سواء وكانا بتغليظ الالتعان أولى؛ ولأن اللعان حق الزوج موضوع لنفي النسب الذي لا ينتفي بغيره فلو سقط حقه من اللعان بقذفها له لما أمكن زوج أن ينفي نسباً إذا قذف، ولتوصلت كل زوجة إلى إبطال حق الزوج من اللعان ونفي النسب بقذفه والحقت به كل ولد من زنا، وما أدى إلى هذا فالشرع مانع منه فأما الجواب عن استقباحه الجمع بين اللعان والحد فهو ما أجاب به الشافعي رضي الله عنه إن أقبح منه تعطيل حكم الله تعالى عنهما، ثم هلا إذا استقبح الجمع بينهما أثبت حكم أغلظهما وهو اللعان، وأسقط حكم أخفهما وهو الحد فكان أشبه بالصواب وإن لم يكن في واحد منهما صواب، والجمع بينهما في استبقاء الحقين أولى من إسقاط أحدهما.

وقولهم: إن اللعان حد فلا يوالى بين حدين فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: وهو قوله في القديم يجب بقذفها حدٌ واحد؛ لأن كلمة القذف واحدة.

والثاني: أنه ليس يمتنع أن يوالي عليه حدود متجانسه كالقاذف لجماعة، مختلفة كالقذف والزنا، وأما بناؤهم ذلك على أصلهم فهم مخالفون عنه أصلاً وفرعاً فلم يسلم لهم دليل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا وَأَجْنَبِيَّةً بِكَلِمَةٍ لَاعَنَ وحُدَّ لِلأَجْنَبِيَّةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وأصل ذلك قذف الأجنبيتين بكلمة واحدة، وفيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم يجب بقذفها حدٌ واحدٌ؛ لأن كلمة القذف واحدة.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: يجب بقذفهما حدان لأنهما مقذوفان فإذا ثبت هذا وقذف زوجته وأجنبية بكلمة واحدة فحكم قذفهما مختلف لأن قذف زوجته يسقط باللعان ولا يسقط به قذف الأجنبية، فإذا كان كذلك فله حالتان:

أحدهما: أن يلتعن ولا يسقط به قذف الأجنبية، فإذا كان كذلك فله حالتان:

أحدهما: أن يلتعن من زوجته فيسقط به حد قذفها ويحد للأجنبية، لأن اللعان كالبينة في حق الزوجة دون الأجنبية.

فإن قيل: فالأجنبية تبع لزوجته في القذف، فهلا سقط باللعان حقها في القذف كما لو قذف زوجته برجل سماه فسقط حدهما بلعانه ولو كان أجنبياً، لكونه تبعاً.

قيل: لأن قذفه للرجل بزوجته هو زناء واحد، فإذا أثبته باللعان في حق زوجته ثبت في حق الأجنبي، وليس كذلك قذف زوجته مع الأجنبية؛ لأنه قذف بزنائين فلم يوجب إثبات أحدهما ثبوت الآخر فافترقا، .

والحال الثانية: أن لا يلتعن من زوجته فقد اختلف أصحابنا في قدر ما يحد لهما، فمنهم من خرجه على قولين كما لو جمع في القذف بين أجنبيين أحدهما حد واحد والثاني حدان.

وقال آخرون: بل يحد به لهما حدين قولاً واحداً بخلاف الأجنبيين؛ لأن قذفهما متساوي الأحكام وقذف زوجته مع الأجنبية مختلف الأحكام.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَذَفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَاعَنَ كُلَّ وَاحِدَةٍ وَإِنْ تَشَاحَحْنَ أَيَّتُهُنَّ تَبْدَأُ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ وَأَيَّتُهُنَّ بَدَأَ الإِمَامُ بِهَا رَجَوْتُ أَنْ لَا يَأْثَمَ لأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إِلَّا وَاحِداً وَاحِداً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي الحُدُودِ وَلَوْ قَذَفَ جَمَاعَةً كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَدٌّ فَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَلْتَعِنْ كَانَ لِكُلِّ امْرَأَةٍ حَدٌّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن قذف الواحد لجماعة ضربان:

أحدهما: أن يفرد قذفهم.

والثاني: أن يشرك بينهم فإن أفرد قذفهم وقذف كل واحد منهم بكلمة مفردة فقال: قد زنيت يا زيد وزنيت يا عمرو، وزنيت يا بكر، فلا يختلف مذهب الشافعي وأكثر الفقهاء أن عليه لكل واحد منهم حداً.

وقال مالك يحد لجميعهم حداً واحداً؛ لأن الزنا أغلظ من القذف فلما تداخلت حدود الزنا فأولى أن تتداخل حدود القذف، وهذا فاسد لأن حد القذف من حقوق الآدميين، وحقوق الآدميين إذا اجتمعت لم تتداخل كالقصاص والديون لما في

تداخلها من إسقاط حق بعضهم ببعض، وخالفت حد الزنا، وقطع السرقة لأنها من حقوق الله تعالى وحده فجاز أن يتداخل بعضها في بعض إذا تجانسا، لأن تداخلها غير مسقط لحقه من جميعها.

وأما إن شرك بينهم في القذف بكلمة واحدة، فقال لجماعتهم: زنيتم، أو قال لهم يا زناة، ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال أبو حنيفة لهم حد واحد لأمرين:

أحدهما: لأن كلمة القذف واحدة فوجب أن يكون الحد عليها واحداً.

والثاني: لأن المعرة بها قد ارتفعت بتكذيبه عليها بالحد فوجب أن يرتفع حكم جميعها.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أن عليه لكل واحد منهما حداً كاملاً لثلاثة معان:

أحدها: أن كل واحد منهم مقذوف، فوجب أن يحد لقذفه كما لو أفرده.

والثاني: لأن الحقوق إذا لم تتداخل إذا انفردت لم تتداخل إذا اجتمعت، كالقصاص والديون، وإذا تداخلت إذا اجتمعت تداخلت إذا انفردت كالزنى والسرقة.

والثالث: أنه كما كان لو أقام البينة عليهم بالزنا حداً لكل واحد منهم حداً وجب إذ عدمها أن يحد لكل واحد منهم؛ لأن حد القذف في جهته في مقابلة حد الزنا في جهتهم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وقذف أربع زوجات بكلمة واحدة، فلا يخلو في قذفهن من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يمتنع من ملاعنتهم، ففيما يحد لهن قولان:

أحدهما: وهو القديم يحد لجماعتهن حداً واحداً إذا اجتمعن على الطلب، فإذا طلبت واحدة فحد لها والباقيات متأخرات لغيبه ثم حضرن فطالبن لم يحد ثانية لئلا يضاعف عليه الحد بغيبتهن، ويكون الحد مستوفي حق من حضر وغاب، ولو حضرن فعفون إلا واحدة حد لها حداً كاملاً ولم يتبعض الحد في حقوقهن.

والقول الثاني: وهو الجديد يحد لكل واحدة حداً كاملاً إذا طلبت، فإن اجتمعن على الطلب وتنازعن في التقديم أقرع بينهن وقدم حق من قرع منهن.

والحال الثانية: أن يجيب إلى ملاعنتهن، فعليه أن يفرد كل واحدة منهن بلعان مفرد سواء قيل إنه يحد لهن حداً واحداً أو حدوداً ولا يجمع بينهن في لعان واحد لأمرين:

أحدهما: أن للعان كل واحدة حكما فلم يشتركن فيه.

والثاني: أن اللعان يمين والأيمان لا تتداخل في حقوق الجماعة.

وقال أبو سعيد الإصطخري: استحلف إسماعيل بن إسحاق القاضي رجلاً في حق لرجلين يميناً واحدة فاجتمع فقهاء زماننا على أنه خطأ.

قال الداركي: فسألت أبا إسحاق المروزي عن ذلك فقال: إن كانا ادعا ذلك الحق من جهة واحدة، مثل أن تداعيا داراً ورثاها عن أبيهما، أو مالاً شركة بينهما، حلف لهما يميناً واحدة وإن كان الحق من جهتين حلف لكل واحد على الانفراد؛ لأنه إذا جمع بينهما في اليمين وكان لأحدهما حق لم يحنث، والمقصود باليمين ما تم الحنث إن كذب . وهذا الذي قاله أبو إسحاق صحيح وحقوق الزوجات ها هنا من جهات مشتركة مختلفة، لأنهن لا يشتركن في زناء واحد، وإذا ثبت أنه يلتعن من كل واحدة لعاناً مفرداً وتنازعن في التقديم أقرع بينهن وقدم من قرعت من منهن لاستوائهن في الاستحقاق، فإن قدم الحاكم بغير قرعة من رأي جاز، وإن ترك من القرعة ما هو أولى لأنهن قد وصلن إلى حقوقهن.

والحال الثالثة: أن يلتعن من بعضهن دون بعض لاعن لمن شاء منهن وحد لمن بقي. فإن كانت واحدة حد لها حداً كاملاً، وإن بقي اثنتان حد لهما على قوله في القديم حداً واحداً، وعلى قوله في الجديد حدين، فإن وقع التنازع في تقديم اللعان والحد قدم اللعان على الحد لخفته؛ ولأن الحق فيه مشترك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَصَابَهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي رَمَاهَا فِيهِ فَلَهُ أَنْ يُلاَعِنَ وَالْوَلَدُ لَهَا وَذُكِرَ أَنَّهُ قَوْلُ عَطَاءٍ قَالَ وَذَهَبَ بَعْضُ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى الْعِلْمِ إِنَّمَا يَنْفِي الْوَلَدَ إِذَا قَالَ اسْتَبْرَأْتُهَا كَأَنَّهُ ذَهَبَ إِلَى نَفْيِ وَلَدِ الْعَجْلاَنِيِّ إِذَا قَالَ لَمْ أَقِرَّ بِهَا مُنْذُ كَذَا وَكَذَا قِيلَ فَالْعَجْلاَنِيُّ سَمَّى الَّذِي رَأَى بِعَيْنِهِ يَزْنِي وَذَكَرَ أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ أَشْهُراً وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ عَلاَمَةً تُثْبِتُ صِدْقُ الزَّوْجِ فِي الْوَلَدِ فَلاَ يُلاَعِنُ وَيَنْفِي عَنْهُ الْوَلَدَ إِذاً إِلاَّ بِاجْتِمَاعِ هَذِهِ الْوُجُوهِ فَإِنْ قِيلَ فَمَا حُجَّتُكَ فِي أَنَّهُ يُلاَعِنُ وَيَنْفِي الْوَلَدَ وَإِنْ لَمْ يَدَعْ الاسْتِبْرَاءَ؟ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: قُلْتُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ الآية فَكَانَتِ الآيَةُ عَلَى كُلِّ رَامٍ لِمُحْصنَةٍ قَالَ الرَّامِي لَهَا رَأَيْتُهَا تَزْنِي أَوْ لَمْ يَقُلْ رَأَيْتُهَا تَزْنِي لأَنَّهُ يَلْزَمُهُ اسْمُ الرَّامِي وَقَالَ ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فَكَانَ الزَّوْجُ رَامِياً قَالَ رَأَيْتُ أَوْ عَلِمْتُ بِغَيْرِ رُؤْيَةٍ وَقَدْ يَكُونُ الاسْتِبْرَاءُ وَتَلِدُ مِنْهُ فَلاَ مَعْنَى لَهُ مَا كَانَ الفِرَاشُ قَائِماً».

فصل: إذا قذف زوجته في طهر قد جامعها فيه جاز أن يلتعن منها وينفي ولدها، وكذلك إذا أصابها بعد القذف.

وقال مالك: إن قذفها في طهر قد وطئها فيه لاعن لإسقاط الحد، ولم يلتعن لنفي النسب، وإن وطئها بعد القذف حد ولم يلتعن، ويجعل الوطء تكذيباً لنفسه واستدل بأن آية اللعان وردت في العجلاني على سبب خاص، وهو أنه قال: «رأيت بعيني وسمعت بأذني، وما قربتها منذ عفار النخل»، وفي عفارها قولان:

أحدهما: تلقيحها.

والثاني: ترك سقيها، لأنهم يتركون سقيها إذا ذهت، وذلك الحد شهرين فقصد العجلاني بذلك أنه ترك إصابتها مدة طويلة، فاقتضى أن يكون ترك إصابتها شرطاً في جواز لعانها، لأن خصوص السبب يمنع من استعمال العموم عنده، قال: ولأنه إذا شارك الزاني في وطئها لم يعلم أن الولد من زنا فلم يجز أن يقطع في لعانه بأنه منه، وقال: ولأن ولد الحرة الذي يلحق بالعقد أثبت نسباً من ولد الأمة الذي لا يلحق إلا بالوطء فلما لم يجز أن ينفي ولد الأمة إلا بعد الاستبراء فأولى أن لا ينفي ولد الحرة إلا بعد الاستبراء.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجهم﴾ فكان عمومه فيمن أصاب زوجته أو لم يصبها فإن حملوه على خصوص السبب في قصة العجلاني، فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن الآية نزلت في هلال بن أمية دون العجلاني، وهلال لم يقل: إني لم أصبها، فكان السبب عاماً.

والثاني: لو كان محمولاً على قصة العجلاني في أنه لم يصبها ليكون الاستبراء يخص عموم اللفظ لوجب أن يكون ترك إصابتها من عفار النخل مدة شهرين شرطاً، وأن يكون قول العجلاني: رأيت بعيني وسمعت بأذني شرطاً، وقوله هي طالق ثلاثاً إن كذبت عليها شرطاً، وقول النبيّ ﷺ: «إن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا وقد صدق عليها شرطاً»، ومن إجماعهم على أن هذا ليس بشرط دليل على أن ترك الإصابة ليس بشرط، وهذا جواب الشافعي.

والثاني: أن عموم اللفظ لا يقتضي حمله على خصوص السبب لأمرين:

أحدهما: أن انفراد العموم والسبب يوجب الحكم بالعموم دون السبب فكذلك إذا اجتمعا غلب حكم العموم على السبب.

والثاني: أن السبب بعض ما اشتمل عليه العموم، فلم يجز أن يخص به العموم لدخوله فيه، وخص بما نافاه لخروجه منه، كما خص عموم قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]. يقول النبيّ ﷺ: «لا قطع في أقل من ربع دينار» ولمنافاة العموم، ولم يخص بقطع النبيّ ﷺ في «المجن» لموافقته العموم.

ومن الدليل أيضاً أنه قذف يجوز أن يلتعن منه لإسقاط الحد فجاز أن يلتعن منه

لنفي الولد كالذي لم يطأ، لأن الاستبراء لا تأثير له مع بقاء الزوجية بلحوق الولد في الحالتين، فجاز أن ينفيه في الحالتين باللعان، ولأن ولد الحرة يلحق بالاستدلال لإمكان الإصابة، فجاز أن ينفي بالاستدلال لإمكان الزنا، وخالف ولد الأمة حين لم يلحق إلا بالإصابة فلم ينتف إلا بالاستبراء من الإصابة، فأما قول مالك: إنه لم يعلم بأنه من الزنا إذا لم يطأ ولا يعلم إذا وطىء ليس بصحيح، لأنه قد يمتنع من الوطء وهي حائل، وقد يطأ وهي حامل، فكان العلم في الحالين ممتنعاً، وإنما يعتمد فيه على الأمارات، فإن قيل: فإذا اجتمع في الرحم ماؤه وماء الزنا من أين ترجح له في نفي الولد أنه من ماء الزنا.

قيل: قد كان أبو العباس بن سريج يذهب إلى أنه لا ينفيه مع اختلاط المائين.

وهو خاص نص الشافعي وما عليه جمهور أصحابه والصحيح أن ينفيه لترجحه من وجوه منها: أن الذكي الفطن من الرجال يحس بالعلوق عند الإنزال إن كان أو لم يكن، وكذلك من النساء.

ومنها أنه قد يعلم من نفيه أنه عقيم لا يولد به ومنه أن يرى من به الولد بالزاني ما يستدل به إلى غير ذلك من الإمارات الدالة فجاز أن يقع الترجيح والعمل عليها إذا تحقق الزنا، وأما استشهاده باستبراء الأمة في نفي ولدها، فإنه لا ينفي منها إلا بالاستبراء فلذلك كان شرطاً، وولد الحرة ينتفي باللعان دون الاستبراء فلم يكن في نفيه شرطاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ زَنَتْ بَعْدَ الْقَذْفِ أَوْ وَطِئَتْ وَطْئاً حَرَاماً فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ وَلاَ لِعَانَ إِلاَّ أَنْ يَنْفِيَ وَلَداً فَيَلْتَعِنَ لأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى صِدْقِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ كَيْفَ يَكُونُ دَلِيلاً عَلَى صِدْقِهِ وَالْوَقْتُ الَّذِي رَمَاهَا فِيهِ كَانَتْ فِي الْحُكْمِ غَيْرَ زَانِيَةٍ؟ وَأَصْلُ قَوْلِهِ إِنَّمَا يَنْظُرُ فِي حَالِ مَنْ تَكَلَّمَ بِالرَّمْيِ وَهُوَ فِي ذَلِكَ فِي حُكْمِ مَنْ لَمْ يَزْنِ قَطُّ».

قال الماوردي: وصورتها في قاذف الزنا وجب الحد عليه فلم يحد حتى زنا المقذوف، فذهب الشافعي إلى أن الحد يسقط عن القاذف بما حدث من زنا المقذوف.

وبه قال مالك وأبو حنيفة.

وقال المزني، وأبو ثور: لا يسقط الحد استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن حد القذف معتبر بحال الوجوب لا بما يحدث بعده، بدليل أن من قذف عبداً فأعتق لم يحد، ولو قذف مسلماً فارتد لم يسقط الحد اعتباراً بحال الوجوب.

والثاني: أن شواهد الأصول في جميع الحدود مستقرة على اعتبارها بوقت الوجوب، كالزاني إذا زنى بكراً فلم يحد حتى أحصن لم يرجم. وكالسارق لما قيمته ربع دينار فصاعداً إذا انقصت قيمته قبل القطع لم يسقط القطع، فاقتضى أن يكون حد القذف بمثابتها في اعتباره بوقت الوجوب.

ودليلنا أربعة أشياء:

أحدها: أن الله تعالى أوجب الحد على قاذف المحصن إثباتاً لعفته، والزاني لا يثبت له عفه فلم يجب في قذفه حد.

والثاني: أن حد القذف موضوع لإسقاط المعرة عن المقذوف، والمعرة تسقط عنه إذا زنى فلم يجب في قذفه حد.

والثالث: أن من عادة من لا يبالي باجتناب المعاصي أن يستتر بإخفائها وأن ظهورها منه لا يكون إلا بعد كثرتها وتكرارها، حمل إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ رجل زنا، فقال والله ما زنيت قبل هذا، فقال عمر: كذبت إن الله لا يفضح عبده بأول معصية[1] فكان فيما ظهر زناه دليل على تقدمه منه فلم يحد قاذفه.

والرابع وهو العمدة: أن العفة تكون استدلالاً بالظاهر دون اليقين كالعدالة، لأنه قد يجوز أن يخفي غير ما يظهر، فإذا ظهر ما كان يخفيه من الزنا قدح في الاستدلال بظاهر العفة فسقط ثبوتها فلم يجز أن يحد قاذفه كالشاهد إذا شهد وهو على ظاهر العدالة فلم يحكم بها حتى ظهر فسقه سقط الاستدلال بظاهر عدالته فلم يجز أن يحكم بما تقدم من شهادته، فإن قيل: لا يصح الجمع بين العفة والعدالة من وجهين:

أحدهما: أن الردة تسقط ما تقدمها من الشهادة، ولا تسقط ما تقدمها من العفة.

والثاني: أن البحث عن العدالة لازم، والبحث عن العفة غير لازم فجاز أن تثبت العفة بالظاهر الذي لا تثبت العدالة فافترقا، قيل هذان الوجهان لا يقدح فيهما بما تقدم من الاستدلال ولا يمنع من الجمع بين العفة والعدالة.

أما أول الوجهين: في الفرق بينهما بالردة فالجواب عنه: أن حد القذف موضوع لحراسة العفة من القذف بالزنا دون الردة فجاز أن تسقط بحدوث الزنا وإن لم تسقط بحدوث الردة والعدالة محروسة من جميع الكبائر فاستوت فيه الردة وغيرها وإن خالفت في العفة غيرها.

---

(١) أخرجه البيهقي. خلاصة البدر (٢/ ٢٣٧).

وأما الثاني من الوجهين في الفرق بين العفة والعدالة بوجوب البحث عن العدالة دون العفة، فالجواب عنه: أن أصحابنا قد اختلفوا في وجوب البحث عن العفة مع إجماعهم في وجوب البحث عن العدالة، فلهم في ذلك وجهان:

أحدهما: أنه يجب البحث عن العفة في حق القاذف لأن جنبه حمي فلا يستباح عرضه بالاحتمال، فعلى هذا لا فرق بين العفة والعدالة.

والوجه الثاني: أنه لا يجب البحث عن العفة، وإن وجب البحث عن العدالة.

والفرق بينهما: أن البحث عن العدالة إنما يجب في حق المشهود عليه ولم تظهر منه معصية فجاز الاستظهار له بالبحث عن عدالة من شهد عليه وليس كذلك في العفة، لأن البحث عنها في حق القاذف والقاذف عاص بقذفه وإن كان صادقاً لما ندب إليه من الستر على أخيه، وقد قال رسول الله ﷺ: «هلا سترته بثوبك يا هزال» فكان بأن يستظهر عليه المقذوف بترك البحث أولى من يستظهر له، ثم افتراق العفة والعدالة في البحث لا يمنع من أن يستويا في العلم بهما من طريق الاستدلال.

فأما الجواب عن دليل المزني فهو أن العلم بتقدم الرق، والبكارة، وقيمة النصاب في السرقة، معلوم قطعاً فلم يؤثر فيه ما حدث بعده. وليس كذلك العفة، لأنها معلومة استدلالاً فأثر فيها ما حدث بعدها كالعدالة.

فصل: فإذا ثبت أن زنا المقذوفة يسقط الحد عن قاذفها فقد قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ «أوطئت وطئاً حراماً» فجمع في سقوط الحد عن القاذف بين زناها وبين وطئها حراماً، وهذا الجمع على تفصيل لا يمكن حمله على الظاهر. والوطء الحرام ينقسم خمسة أقسام:

أحدها: ما يوجب الحد ويسقط العفة وهو أن يطأ ذات محرم له بعقد نكاح، أو يطأ جارية أبيه أو جارية زوجته التي دفعها صداقاً فيجب في ذلك الحد إذا علم. وتسقط به عفته، ويكون كالزنا في سقوط الحد على القاذف.

والقسم الثاني: ما تسقط به عفته وفي وجوب الحد عليه قولان: وهو أن يطأ ذات محرم بملك يمين من نسب أو رضاع، كمن ملك أمه من الرضاع، أو أخته من نسب أو رضاع، فوطئها بملكه ففي وجوب الحد عليه قولان مضيا في كتاب النكاح:

أحدهما: يحد.

والثاني: لا يحد، وعفته على القولين معاً ساقطة ويسقط بها الحد عن قاذفه.

والقسم الثالث: ما لا يوجب الحد ولكن يسقط بالعفة وهو أن يطأ جارية ابنه، أو

أمة بين شريكين وطئها أحدهما، أو كوطء الزوجة والأمة في الدبر، فلا حد في ذلك، والعفة به ساقطة، يسقط عنها الحد عن قاذفة.

والقسم الرابع: ما لا يوجب الحد وفي سقوط العفة وجهان: وهو الوطء، في النكاح بلا ولي، أو نكاح متعة، أو شغار، فقد اختلف أصحابنا في سقوط العفة به مع اتفاقهم على سقوط الحد على وجهين:

أحدهما: أن العفة باقية لسقوط الحد فيه، فعلى هذا يجب الحد على القاذف.

والوجه الثاني: أن العفة ساقطة بهذا لما فيه من قلة التحرج مع ظهور الخلاف، فعلى هذا يسقط الحد عن قاذفه.

والقسم الخامس: ما لا يوجب الحد ولا يسقط العفة وهو وطء الأمة أو الزوجة في الحيض، أو الإحرام، أو الصيام، وكل ذلك حرام لكن لا حد فيه، ولا تسقط به العفة، والحد على قاذفه واجب، لأنه وطء صادف محلاً مباحاً طرأ التحريم عليه لعارض.

فإذا تقرر ما وصفنا من سقوط الحد عن القاذف بما ذكرنا من حدوث الزنا والوطء الحرام على التفصيل المتقدم فلا حاجة إلى اللعان، فأما إذا جاز أن يلاعن لنفيه، لأنه لا ينفي عنه مع سقوط الحد إلا باللعان، فأما إن أراد مع عدم الولد أن يرفع باللعان الفراش ليثبت به التحريم المؤيد، ففي جوازه وجهان والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ لَاعَنَها ثم قَذَفَهَا فَلَا حَدَّ لَهَا كَمَا لَوْ حَدَّ لَهَا ثُمَّ قَذَفَهَا لَمْ يُحِدَّ ثَانِيَةً وَيُنْهَى فَإِنْ عَادَ عُزِّرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن لعانه منها قد أسقط عفتها في حقه وإن كانت على عفتها مع الأجانب وقال أبو حنيفة: هي على عفتها مع الزوج كما هي مع الأجانب، ولا يؤثر اللعان في العفة، وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أنه لما كان اللعان في تصديق الزوج دون الأجانب كالبينة وجب أن تسقط به العفة، في حق الزوج، وإن لم تسقط به العفة في حق الأجانب.

والثاني: أن لعانه لما سقطت به العفة إن نفى ولداً أسقطه وإن لم ينفه، لأنه كالبينة له في الحالين بلعانه ولداً سقطت عفتها مع الأجانب في الحالتين.

وقال أبو حنيفة: إذا نفى بلعانه ولداً سقطت عفتها مع الأجانب كسقوطها مع الزوج، وهذا خطأ، لاختصاص الزوج باللعان دون الأجانب، وإن كان كذلك وعاد الزوج فقذفها بعد لعانه لم يخل قذفه من أن يكون بالزنا الذي لاعنها عليه أو بغيره فإن قذفها بذلك الزنا الذي لاعنها عليه لم يحد، لأن لعانه كالبينة له في القضاء بتصديقه

فيه لكن يعزر للأذى، وإن قذفها بغيره ففيه وجهان:

أحدهما: يحد لأنه ليس إذا حكم بتصديق في قذف اقتضى أن يحكم به في كل قذف.

والوجه الثاني: أنه لا حد عليه لأن عفتها قد سقطت في حقه بلعانه لأنه كالبينة له، ومع سقوط العفة لا يجب الحد، فأما إذا قذفها غيره من الأجانب فلا يخلو حالها من أن تكون قد لاعنت أو نكلت، فإن لاعنت كانت على عفتها مع الأجانب وإن سقطت مع الزوج، فعلى هذا يحد قاذفها لبقائها على العفة معه.

وإن نكلت عن اللعان وحدت للزنا ففي سقوط عفتها مع الأجانب وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: إنها على عفتها مع الأجانب وأن من قذفها فيهم حد لاختصاص اللعان بالزوج.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن الحد قد أسقط عفتها مع الأجانب كما لو حدث بالبينة، لتنافي اجتماع الحد والعفة فلا يجب الحد على قاذفها أجنبياً كان أو زوجاً لكن يعزر للأذى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَذَفَهَا بِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَطَلَبَا الْحَدَّ فَإِنْ الْتَعَنَ فَلَا حَدَّ لَهُ إِذَا بَطَلَ الْحَدُّ لِهَا بَطَلَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ حُدَّ لَهُماَ أَوْ لأَيِّهِمَا طُلِبَ لأَنَّهُ قَذْفٌ وَاحِدٌ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحَدِّ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ لِعَانٌ وَاحِدٌ أَوْ حَدٌّ وَاحِدٌ وَقَدْ رَمَى الْعَجْلاَنِيُّ امْرَأَتَهُ بِرَجُلٍ سَمَّاهُ وَهُوَ ابْنُ السَّحْمَاءِ رَجُلٌ مُسْلِمٌ فَلاعَنَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَحُدَّهُ لَهُ وَلَوْ قَذَفَهَا غَيْرُ الزَّوْجِ حُدَّ لأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حِينَ لَزِمَهَا الْحُكْمُ بِالْفُرْقَةِ وَنَفْيُ الْوَلَدِ زَانِيَةً حُدَّتَ وَلَزِمَهَا اسْمُ الزِّنَا وَلَكِنَّ حُكْمُ اللَّهِ تَعَالَى ثُمَّ حُكْمُ رَسُولِهِ ﷺ فِيهِمَا هَكَذَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا ذكر في قذف زوجته اسم الزاني بها وصار قاذفاً له ولها فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يلاعن، أو يمتنع، فإن امتنع وجب أن يحد لقذفهما، فإن قيل بقوله في القديم: إنه إذا قذف اثنين بلفظة واحدة وجب عليه حد واحد كان هذا القذف أولى أن يجب به حد واحد.

وإن قيل بقوله الجديد: إن عليه في قذف الاثنين حدين فقد علله أصحابنا بعلتين:

إحداهما: أنه قد أدخل بقذفه المعرة على اثنين، فعلى هذا التعليل وجب عليه بقذف زوجته بالمسمى حدين لإدخال المعرة به على اثنين.

والعلة الثانية: أنه قذف بزناء فعلى هذا لا يجب عليه بهذا القذف إلا حد واحد لأنه زنا واحد.

فصل: وإن لاعن فلا يخلو حاله فيه من أحد أمرين: إما أن يذكر المسمى في لعانه أو لا يذكره، فإن ذكره في لعانه سقط حد القذف لهما.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ يحد للمسمى، ولا يسقط بلعانه وإن ذكره فيه لاختصاص اللعان بالزوجات دون الأجانب. فصار كمن قذف زوجته وأجنبية ولم يسقط حد الأجنبية بلعانه من الزوجة، ودليلنا: هو أن العجلاني سمى شريك بن السحماء فلم يحده رسول الله ﷺ له بعد لعانه فدل على سقوط الحد به، ولأن لعانه قد أوجب تصديقه في حد الأجنبي، لأنه زنا واحد فلم يجز أن يكون فيه مصدقاً ومكذباً وإن لم يذكره في لعانه وطالب بحده، فإن أعاد اللعان فذكره فيه فلا حد فيكون هذا اللعان لاستدراك ما أخل به في اللعان الأول.

وإن لم يعده ففي وجوب حده قولان:

أحدهما: لأنه لا يسقط باللعان حد من لم يسم.

والقول الثاني: لا حد لأنه زنى واحد وقد حكم بتصديقه فيه بلعانه من زوجته فسقط الحد المتعلق به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَذَفَهَا حُبِسَ حَتَّى يَعْدِلُوا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها فأنكر. فأقامت عليه شاهدين، أو كانت دعوى القذف بين أجنبيين، نظرت عدالة الشاهدين، فإن علمت عدالتهما حكم بهما، وإن علم جرحهما أسقطت شهادتهما، وإن جهل حالهما حبس القاذف حتى يستكشف عنهما لأمرين:

أحدهما: أن الظاهر عدالة الشاهدين وإنما يتوقف للكشف عن جرحهما.

والثاني: أن المدعي قد فعل ما عليه من إحضار البينة وبقي ما على الحاكم من معرفة العدالة، فأما إن شهد بالقذف شاهد واحد فإن لم يعرف عدالته لم يحبس القاذف وإن عرفت عدالته فهل يحبس على حضور الشاهد الآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: يحبس، لأنه كما حبس مع كمال العدد ونقصان العدالة جاز أن يحبس مع كمال العدالة ونقصان العدد.

والقول الثاني: لا يجوز حبسه لأن البينة بكمال العدد موجودة وبنقصانه مفقودة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَكْفُلُ رَجُلٌ في حَدٍّ ولاَ لِعَانٍ وَلاَ

يُحْبَسُ بِواحِدٍ. (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا دَلِيلٌ على إِثْبَاتِهِ كَفَالَةَ الْوَجْهِ فِي غَيْرِ الْحَدِّ».

قال الماوردي: وللكفالة بالنفس حالتان:

إحداهما: في حقوق الله عز وجل.

والثاني: في حقوق الآدميـين، فأما في حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يصح، لأنها إن كانت في حدود فهي موضوعة على الإدراء والتسهيل وإن كانت في أموال فهي موكولة إلى أمانته إن تعلقت بذمته أو زكاة تؤخذ من عين ما بيده، أما حقوق الآدميـين فضربان: أموال، وحدود.

فأما الأموال فالذي نصّ عليه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في أكثر كتبه أن الكفالة بالنفس فيها جائزة وقال في كتاب الدعاوى والبينات: غير أن كفالة الأبدان عندي ضعيفة.

فاختلف أصحابنا في مراد الشافعي ـ رضي الله عنه ـ بتضعيفها، فمنهم من حمله على إبطالها وخرج كفالة النفس على قولين، ومنهم من حمله على ضعفها في القياس، لأنه ضمان عين بعقد لكن جاز للضرورة الداعية إليه وكما خالف ضمان الدرك مع مخالفة الأصول، وأما الحدود كالقصاص وحد القذف، فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: أنه كحدود الله تعالى التي لا تجوز الكفالة فيها، لأنه لما لم يجز فيها ضمان ما في الذمة لم تجز فيه الكفالة بذي الذمة، وبهذا المعنى فارق الكفالة في المال.

والوجه الثاني: من مذاهب أصحابنا: أنها كالأموال في جواز الكفالة فيها بالنفس على ما قدمنا من الشرح، لأن جميعها من حقوق الآدميـين التي يباشر فيها من هي عليه ويستوثق فيها لمن هي له وليس على الكفيل بالنفس المطالبة بالحق الذي في الذمة، فاستوى فيها ما يجوز ضمانه وما لا يجوز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ زَنَى فَرْجُكِ أَوْ يَدُكِ أَوْ رِجْلُكِ فَهُوَ قَذْفٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة: ذكرها المزني في مختصره ولم يذكرها في جامعه، فجعل قوله لها زنا فرجك أو يدك، أو رجلك، قذفاً ولم يذكر الشافعي هذه المسألة إلا في القديم فقال: ولو قال: زنا فرجك فهو قاذف، وإن قال: يدك أو

رجلك، فقد قال بعض الناس - يعني أبا حنيفة: في البدن وهو قاذف وفي اليد والرجل لا يكون قاذفاً، ولا في العين، قال الشافعي: هذا كله ما عدا الفرج واحداً ولم يصرح أنه واحد في القذف، فلم يختلف أصحابنا أنه إذا قال: زنا فرجك، أنه قاذف، وإذا قال: زنت عينك، لم يكن قاذفاً، واختلفوا فيما سوى ذلك من الأعضاء هل يكون قاذفاً بإضافة الزنا إليها أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول إبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، لا يكون قاذفاً إذا قال: زنت يدك، أو رجلك أو رأسك، أو يدك، وهو ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - في القديم، ونسبوا المزني إلى الخطأ في نقله، لأن النبيّ ﷺ قال: العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما اللمس، ويصدق ذلك كله أو يكذبه الفرج[١]، ولأن بالفرج يكون الزنا بخلاف سائر الأعضاء.

والوجه الثاني: أنه يكون بجميع ذلك قاذفاً كالفرج على ما نقله المزني كما يستوي جميعه في الطلاق.

والوجه الثالث: وهو الصحيح عندي، وبه قال أبو العباس بن سريج إنه إذا قال: زنا بدنك كان قاذفاً، ولو قال زنت يدك أو رجلك أو رأسك لم يكن قاذفاً، لأن البدن هو الجملة التي فيها الفرج، فلم يجز أن يكون بالفرج قاذفاً وبالبدن الذي منه الفرج ليس بقاذف فأما سائر الأعضاء من الرأس والبدن، واليد والرجل، فلا تختص بالزنا فلا يكون بها قاذفاً كالعين، فأما أبو حنيفة - رضي الله عنه - فإنه فرق فيها بين الأعضاء التي لا تبقى الحياة بانفصالها وبين ما تبقى الحياة بفصالها فجعله قاذفاً بقوله: زنا رأسك، ولم يجعله قاذفاً بقوله: زنت يدك أو رجلك، وبناه على مذهبه في الطلاق الذي تقدم الكلام فيه، والدليل على استواء حكم ما يحفظ الحياة وما لا يحفظها، أن كل ما لو نسبه منها إلى نفسه لم يكن مقراً بالزنا لم يكن إذا نسبه إلى غيره قاذفاً بالزنا، كالعين طرداً والفرج عكساً لاستواء الإقرار بالزنا والقذف به في الصريح والكناية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكُلُّ مَا قَالَهُ وَكَانَ يُشْبِهُ الْقَذْفَ إِذَا احْتُمِلَ غَيْرُهُ لَمْ يَكُنْ قَذْفاً وَقَدْ أَتَى رَجُلٌ مِنْ فَزَارَةَ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَاماً أَسْوَدَ فَلَمْ يَجْعَلْهُ ﷺ قَذْفاً وَقَالَ اللَّهُ تعَالى ﴿وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيما عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ فَكانَ خِلَافاً لِلتَّصْرِيحِ».

---

(١) البخاري (٦٢٤٣، ٦٦١٢) ومسلم (٦٢٥٧).

قال الماوردي: وهذا كما قال كنايات القذف ومعاريضه لا تكون قذفاً إلا بالإرادة في الغضب والرضى جميعاً.

وبه قال أبو حنيفة، وأكثر الفقهاء وقال مالك، وأحمد وإسحاق: أكثر المعاريض قذف في الغضب دون الرضى كقوله: أنا ما زنيت، أو يا حلال ابن الحلال.

حكي أن رجلاً أتى مالكاً فقال: ما تقول في رجل قال لرجل: يا زان ابن الزانية، قال: هو قاذف، قال: فإن قال: يا حلال ابن الحلال، قال: هو قاذف، فقال الرجل: يكون قاذفاً إذا قال: يا حلال ابن الحلال وإذا قال: يا زاني ابن الزانية، فقال مالك: قد يأتيه [الباطل][1] بلفظ الحق واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وإنا وإياكم لعلى هدى أو في ضلال مبين﴾ [سبأ: ٢٤]. فكان صريح الآية أن أحدهما على هدى والآخر على ضلال، ودليلها في موضع الخطاب والتعريض بالذم أن النبيّ ﷺ وأمته على هدى، وإن المشركين على ضلال مبين، فكذلك حكم المعاريض كلها.

وروى سالم عن أبيه: أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ حد في التعريض بالزنا، وليس له مخالف، فكان إجماعاً، ولأن احتمال التعريض يصرفه الغضب إلى الصريح، لأن شاهد الحال أظهر من الاعتقاد.

ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: أن رجلاً من فزارة أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال النبيّ ﷺ: ألك إبل، قال نعم: قال ما ألوانها، قال: حمر كلها، قال: هل فيها من أورق؟ قال: نعم، قال: أنى ترى ذلك؟ قال: لعل عرقاً نزع، قال: كذلك هذا لعل عرقاً نزع».

فلم يجعل النبيّ ﷺ هذا التعريض بالقذف صريحاً فإن قيل: إنما يكون صريحاً في الغضب ولم يظهر منه غضب، قيل حاله يشهد بغضبه لأنه أنكر من زوجته وهما أبيضان أن تلد غلاماً أسود يخالفهما في الشبه.

ويدل عليه ما روي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله إني امرأتي لا ترد يد لامس، فقال طلقها، فقال: إن أحبها، قال: أمسكها وهذا تعريض بالقذف ولم يجعله قاذفاً.

فإن قيل: المراد بقوله: «يد لامس»، أريد به ملتمس، أي طالب لما له لتبذيرها له في كل سائل وطالب، ولم يرد التماس الفاحشة فيكون تعريضاً، قيل: لا يجوز حمله على هذا التأويل المخالف لأمرين:

---

(١) سقط في أ.

أحدهما: أنه لو أراد هذا القول لقال: لا ترد يد ملتمس، ولم يقل: يد لامس.

والثاني: أنه لو قصد هذا لم يؤمر بطلاقها، ولأمر بحبس ماله عنها.

وروي أن اليهود كانت تقول لرسول الله ﷺ مذمماً عصينا، وأمره أبينا، فقال النبيّ ﷺ: أما ترون كيف عصمني الله منهم، إنهم يسبون مذمماً وأنا محمد[١]، فلم يجعل تعريضهم به صريحاً، ولأن الله تعالى أحل التعريض بالخطبة وقد حرم صريحها، فدل على اختلاف حكم التعريض والتصريح، ويدل عليه عن طريق المعنى: أن كل ما كان كناية في الرضى كان كناية في الغضب كالكنايات في الطلاق وأن كل ما لو نسبه إلى نفسه لم يكن إقراراً بالزنا وجب إذا نسبه إلى غيره أن لا يكون قذفاً بالزنا قياساً على حال الرضى، لأنه لو قال لنفسه: أنا ما زنيت لم يكن إقراراً، كذلك إذا قال لغيره: أنا ما زنيت لم يكن قذفاً.

فأما الاستدلال بالآية، فهي على الفرق بين التعريض والتصريح أدل، لأنه عدل عن قوله: نحن على هدى، وأنتم على ضلال مبين، لما فيه من التنفير، [إلى ما هو ألطف][٢] في القول تاليفاً لهم وإن كان في معناه، فقال: ﴿إنا وإياكم لعلى هدى أو في ضلال مبين﴾ فلو كان التعريض كالتصريح لعدل عن اللفظ المحتمل إلى ما هو أوضح منه وأبين.

أما استدلالهم بالإجماع بأن عمر رضي الله عنه حد في التعريض، فعنه جوابان:

أحدهما: أن عمر رضي الله عنه قد خولف فيه فقد روت عمرة أن شاباً خاصم غيره في زمان عمر ـ رضي الله عنه ـ فقال: ما زنى أبي، ولا أمي، فرفع إلى عمر رضي الله عنه فاستشار الصحابة، فقالوا: مدح أباه وأمه، فحده عمر ـ رضي الله عنه ـ فثبت اختلافهم فيه.

والثاني: ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب[٣].

وأما استدلالهم بأن شاهد الحال ينفي احتمال المعاريض فليس بصحيح، لأن صريح القذف في حالة الرضا والبر لا يزوال عن حكمه، وكذلك التعريض في حال الغضب والعقوق.

---

(١) اخرجه البخاري في المناقب (١٧) والنسائي في الطلاق (٢٥) واحمد (٢/ ٥٢٤٤. ٣٤، ٣٦٩).

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه البيهقي (١٠/١٩٩) والشهاب (١٠١) وانظر فتح الباري (١٠/٦٠٩، ٦١٠) وكنز العمال (٨٢٤٩) وابن عدي٣/ ٩٦٣).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَكُونُ اللِّعَانُ إِلاَّ عِنْدَ سُلْطَانٍ أَوْ عَدُولٍ يَبْعَثُهُمْ السُّلْطَانُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح من شروط صحة اللعان وثبوت حكمه أن يكون بحكم الحاكم ومشهده، ولا يصح لعان الزوجين بأنفسهما، وإنما كان كذلك، لأن النبيّ ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته، وبين هلال بن أمية وامرأته ولم يكن يستنيبه عنه شرطاً فيه، ولأن اللعان يمين عندنا، وشهادة عند غيرنا، ولا يثبت حكم واحد منهما في الحقوق إلا عند الحاكم، ولأن اللعان قد تتعلق به حدود لا يستوفيها ويقيمها إلا الحاكم كسائر الحدود، ولأنه فيمن صح لعانه خلاف ولا يتقرر إلا بالحكم، ولأن اللعان قد يتعلق به حق لغير الزوجين في نفي حمل أو ولد أو مسمى في قذف، فلم يتولاه إلا الحاكم لينوب عمن غاب.

فإن قيل: إن اللعان موضوع للفرقة، فكان ملحقاً إما بالطلاق أو بالفسخ وليس الحاكم شرطاً في واحد منهما.

قيل: قد يتعلق باللعان من الأحكام في الحدود ونفي النسب ما لا يتعلق بطلاق ولا فسخ، على أنه من الفسوخ ما لا يصح إلا عند الحاكم، فكان اللعان أولى.

فصل: فإذا ثبت أن الإمام أو الحاكم أو من يستنيبه أحدهما شرطاً في صحة اللعان فتفرد الزوجان به في جماعة، أو على خلوه، لم يتعلق به شيء من أحكام اللعان لا في وقوع فرقة ولا في سقوط حد، وفي نفي نسب حتى يستأنف الحاكم بينهما، وهكذا لو حضرا عند الحاكم فسبقا باللعان قبل أن يأمرهما لم يصح حتى يستأنفاه [عن أمره لأنه يمين عندنا، وشهادة عند غيرنا، ولا يجوز اليمين قبل الاستحلاف، والشهادة][1] قبل الاستشهاد.

فصل: فلو حكما رجلاً رضياه ليلاعن بينهما كان التحكيم في سائر الحقوق ما عدا الحدود واللعان جائز، فقد اتفق عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ وأبي بن كعب رضي الله عنه، على تحكيم زيد بن ثابت في منازعة بينهما فحكم عليهما.

وروي أن وفداً قدم على رسول الله ﷺ وفيهم رجل يكنى أبا الحكم، فقال: لما كنيت أبا الحكم، فقال: لأن قومي يحكموني بينهم فأحكم، فلم يرد عليه، ولا نهاه عنه من بعد.

---

(١) سقط في أ.

وإذا صح التحكيم فالخصمان قبل الحكم مخيران في المقام على التحكيم أو الرجوع عنه، فإذا حكم ففي لزوم حكمه قولان:

أحدهما: أن حكمه نافذ عليهما ولازم لهما، وغير موقوف على رضاهما.

والقول الثاني: أنه غير لازم لهما إلا بعد الرضى بالتزامه، والأول أشبه، لأنه لو لم يلزم لكان وسيطاً ولم يكن حكماً.

فأما التحكيم في اللعان ففي جوازه قولان، بناء على اختلاف قوليه في لزوم حكمه في غير اللعان:

أحدهما: يجوز إذا قيل إن حكمه في غير اللعان لازم.

والثاني: لا يجوز إذا قيل إن حكمه لا يلزم إلا بالرضى لأن حكم اللعان لا يقع بالرضى ولا يقف على التراضي، ولا يصح فيه العفو. والإبراء كالحدود، وكان أبو القاسم الداركي يقول: يجوز التحكيم فيه عند عدم الحاكم، ولا يجوز مع وجوده اعتباراً بالضرورة فيه، فأما السيد إذا زوج عبده بأمته جاز له أن يلاعن بينهما، لأنه يجوز له إقامة الحد عليهما، فصار كالحاكم مع غيرهما.

بـاب في الشهادة في اللعان.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا جَاءَ الزَّوْجُ وَثَلَاثَةٌ يَشْهَدُونَ عَلَى امْرَأَتِهِ مَعاً بِالزِّنَا لَاعَنَ الزَّوْجِ فَإِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ حُدَّ لأَنَّ حُكْمَ الزَّوْجِ غَيْرُ حُكْمِ الشُّهُود لأَنَّ الشُّهُودِ لَا يَلْتَعِنُونَ وَيَكُونُونَ عِنْدَ أَكْثَرِ العُلَمَاءِ قَذَفَةً يُحَدُّونَ إِذَا لَمْ يُتِّموا أَرْبَعَةً وَإِذَا زَعَمَ بِأَنَّهَا قَدْ وَتَرَتْهُ فِي نَفْسِهِ بِأَعْظَمَ مِنْ أَنْ تَأْخُذَ كَثِيرَ مَالِه أَوْ تَشْتَمَ عِرْضَهُ أَوْ تَنَالَهُ بِشَدِيدٍ مِنَ الضَّرْب بِمَا يَبْقَى عَلَيْهِ مِنَ العَارِ فِي نَفْسِهِ بِزِنَاهَا تَحْتَهُ وَعَلَى وَلَدِهِ فَلَا عَدَاوَةَ تَصِيرُ إِلَيْهِمَا فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ تَكَادُ تَبْلُغُ هَذَا وَنَحْنُ لَا نُجِيزُ شَهَادَةَ عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّه».

قال الماوردي: إذا شهد الزوج مع ثلاثة عدول على امرأته بالزنا لم تقبل شهادته معهم، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: تقبل استدلالاً بقوله عز وجل **﴿واللائي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت﴾** [النساء: ١٥] فكان على عمومه في الزوج وغيره، ولأنه حد فجاز أن تقبل فيه شهادة الزوج كسائر الحدود، ولأنه من قبلت شهادته في حد غير الزنا قبلت شهادته في حد الزنى كالأجنبي.

ودليلنا: قول الله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾** [النور: ٦] فلم يجعل لشهادته عليها حكماً ولا جعل قوله عليها مقبولاً.

روي عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في أربعة شهدوا على امرأة انها زنت وأحدهم زوجها فقال: يلاعن الزوج ويحد الثلاثة، وهذا قول واحد من الصحابة لم يظهر له مخالف، فإن كان منتشراً فهو إجماع لا يجوز خلافه، وإن كان غير منتشر فهو على قول المخالف حجة يترك به القياس، وكذلك على قول الشافعي رضي الله عنه في القديم؛ ولأنه من انتصب خصماً في حادثة لم يجز أن يكون شاهداً فيها، أصله أولياء المقتول؛ ولأنه لو شهد على خيانتها له لم تقبل شهادته عليها، أصله إذا شهد عليها بإتلاف وديعة له في يدها؛ ولأن كل من كان له تصديق نفسه باللعان لم تقبل شهادته فيما يصح فيه لعانه، أصله نفي النسب؛ ولأنه قد

صار عدواً بما وتره في نفسه وخانته في حقه، وأدخلت العار عليه وعلى ولده، وهذا أبلغ في العداوة من مؤلم الضرب وفاحش السب وشهادة العدو على عدوه مردودة لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه» أي ذي جور.

وأما الجواب عن قوله: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥]، فهو أن ذلك خطاب للأزواج؛ لأنه تعالى قال: ﴿واللائي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ [النساء: ١٥] فاقتضى أن يكون الشهود غيرهم.

وأما قياسهم على سائر الحدود فالمعنى فيه أنه غير متهم فيها لا يستفيد به نفعاً ولا يستدفع به ضرراً وهو في الزنا متهوم؛ لأنه يستدفع به ضرراً ويستفيد به نفعاً.

وأما قياسهم على الأجنبي فالمعنى فيه ما ذكرناه من عدم التهمة في الأجنبي ووجودها في الزوج.

فصل: فإذا ثبت أن الزوج مردود الشهادة، فالشهود معه ثلاثة لا تكتمل بهم البينة في الزنا لنقصان عددهم فهل يصيرون قذفة يحدون أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يحدون لأنهم أتوا بلفظ الشهادة دون القذف، لو كانوا قذفة لما جاز قبول شهادتهم مع كمال عددهم.

والقول الثاني: أنهم قد صاروا بخروجهم من كمال الشهادة قذفة، لإدخالهم المعرة بالزنا كالقذف الصريح، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما شهد عنده بالزنا على المغيرة بن شعبة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد وتوقف زياد عن الإفصاح بالشهادة أمر عمر بجلد الثلاثة وجعلهم قذفة فعلى هذا لو كمل عددهم أربعة وكان فيهم من ردت شهادته لرق أو فسق فقد اختلف أصحابنا في الباقين، فكان أبو إسحاق المروزي يقول: لا فرق بين أن ترد شهادتهم بنقصان العدد مع كمال الصفة وبين أن ترد مع كمال العدد ونقصان الصفة في أن وجوب حدهم على قولين.

وقال أبو سعيد الإصطخري: إذا كمل عددهم ونقصت صفتهم لم يجدوا قولاً واحداً وفرق بين نقصان الصفة ونقصان العدد بأن نقصان العدد راجع إلى الشهود ونقصان الصفة راجع إلى الحاكم، وهذا قول ضعيف.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قيل: يوجب الحد على الشهود فعلى الزوج أيضاً الحد، لأن أحسن أحواله أن يكون كأحدهم، لكن الزوج أن يلاعن لاسقاط الحد

ونفي النسب، ويجوز أن يلاعن بالقذف الذي تضمنه لفظ الشهادة لأنه قد صار به قاذفاً ولا يسقط بلعانه حد القذف عن الشهود.

واختلف أصحابنا هل يجوز أن يحد الشهود قبل لعان الزوج أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف أصحابنا في الزوج إذا لاعن وامتنعت الزوجة عن اللعان فحدت هل تسقط حصانتها مع الاجانب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج؛ أن حصانتها لا تسقط مع الأجانب وإن حدت؛ لأنه عن لعان يختص بالزوجية دون الأجانب فعلى هذا يجوز أن يحد الشهود قبل لعانهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن حصانتها قد سقطت مع الأجانب كسقوطها مع الزوج؛ لأنها قد حدت باللعان كما تحد بالبينة، فعلى هذا لا يجوز أن يحد الشهود إلا بعد لعان الزوج لجواز أن يمتنع من اللعان فيحد فتسقط حصانتها معهم، وإذا قيل إن الشهود لا حد عليهم فقد اختلف أصحابنا في الزوج هل يجري مجرى الشهود في سقوط الحد عنه؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا حد عليه كالشهود وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه جاء بلفظ الشهادة لا بلفظ القذف، فعلى هذا إن أراد أن يلاعن لم يكن له ذلك إلا باستئناف قذف.

والوجه الثاني: يحد بخلاف الشهود، وهو المحكي عن أبي إسحاق المروزي، لأنه لما امتنع أن يكون شاهداً امتنع أن يكون لفظه لفظ شهادة وصار قاذفاً محضاً فعلى هذا يجوز أن يلاعن بالقذف في الشهادة ولا يستأنف قذفاً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا وَانْتَفَى مِنْ حَمْلِهَا فَجَاءَ بِأَرْبَعَةٍ فَشَهِدُوا أَنَّهَا زَنَتْ لَمْ يُلَاعِنْ حَتَّى تَلِدَ فَيَلْتَعِنَ إِذَا أَرَادَ نَفْيَ الوَلَدِ فَإِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ لَحِقَهُ الوَلَدُ وَلَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ ثُمَّ تُحَدُّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح أذا شهد أربعة عدول[١] على امرأة رجل بالزنا تعلق بشهادتهم حكمان لا يؤثران في الزوجية:

---

(١) في أ شهود.

أحدهما: ارتفاع حصانتها على العموم مع الزوج ومع غيره فلا يحد قاذفها بحال.

والثاني: وجوب الحد عليها، إن كانت بكراً فجلد مائة وتغريب عام، وإن كانت ثيباً فرجم، ولا ينتفي الولد بالبينة ولا يرتفع بها الفراش إلا أن يلتعن، فإن أردا الزوج أن يلتعن لم يخل حال لعانه مع سقوط حد القذف عنه بالبينة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يلتعن لنفي الولد.

والثاني: لنفي الحمل.

والثالث: لرفع الفراش.

فأما القسم الأول: وهو أن يلتعن لنفي الولد، فيجوز له نفيه باللعان؛ لأن الولد لا ينتفي إلا به، فكانت ضرورته إليه داعية، ثم ينظر فإن كان الزوج قد قذفها قبل الشهادة، جاز أن يلاعنها بذاك القذف وإن سقط عنه حده بالشهادة، وإن لم يكن قذفها قبل الشهادة فهل يستغني بالشهادة عن التلفظ بقذفها أم لا؟ على وجهين محتملين:

أحدهما: يستغني بها عن القذف لثبوت الزنا عليها، فعلى هذا يقول في لعانه أشهد بالله إني لمن الصادقين في زناها، ولا يقول: فيما رميتها به من الزنا؛ لأنه لم يرمها.

والوجه الثاني: لا يستغني بالشهادة عن القذف، لقول الله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ فجعل رميه شرطاً في لعانه، فعلى هذا يستأنف القذف، ويأتي باللعان على صفته.

فصل: أما القسم الثاني: وهو أن يلتعن لنفي الحمل قبل وضعه، ففي جوازه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع، واختاره أكثر أصحابنا: أنه لا يلتعن منه قبل وضعه؛ لأن لعانه مقصوراً على نفيه وهو غير منتف لجواز أن يكون ريحاً فينفش وإنما يلاعن لنفيه إذا كان حد القذف واجباً على الزوج ليسقط بلعانه حد القذف عن نفسه، ويكون نفي الحمل تبعاً وليس على الزوج ها هنا حد، فلم يجز أن يلتعن فيما تردد بين احتمالين إلا بعد تيقنه بالولادة.

والقول الثاني: نص عليه في المبتوتة الحامل ويجوز أن يلتعن لنفي الحمل؛ لأن له حكماً معتبراً وظاهراً مغلباً.

وأما القسم الثالث: وهو أن يلتعن لرفع الفراش لا غير، فمذهب الشافعي وعليه جمهور أصحابنا: لا يجوز أن يلتعن لرفعه؛ لأنه يقدر على رفعه بالطلاق الثلاث، فلم

يكن به إلى اللعان ضرورة، واللعان لا يستباح إلا بالضرورات.

وقال أبوالطيب بن أبي سلمة يجوز أن يلاعن لرفع الفراش ليستفيد تأبيد تحريمها فينحسم عنه الطمع في مراجعتها وليكون أدخل في وجوب المعرة عليها.

فصل: فإذا لاعن الزوج منها على ما وصفنا لم تلتعن الزوجة بعده لوجوب الحد عليها بالشهادة فإذا أريد حدها وهي حامل لم تحد حتى تضع لأن الغامدية حين أقرت عند النبي ﷺ بالزنا وكانت حاملاً قال: اذهبي حتى تضعي حملك، فلما وضعته وعادت إليه فقالت: طهرني قال: اذهبي حتى ترضعي ولدك حولين فأرضعته حولين. ثم عادت ومعها ولدها في يده طعام يأكله، وقالت: طهرني، فرجمها حينئذ.

قال علي لعمر رضي الله عنهما وقد أمر برجم حامل: أنه لا سبيل لك على ما في بطنها فإذا وضعت حملها مكنت من سقيه لباها الذي لا تحفظ حياة المولود إلا به، ثم روعي حال من ترضعه، فإن كان بمكان لا يوجد به مرضع غيرها أخر حدها إن كان رجماً حتى ترضعه حولين كاملين، وإن كان جلداً قدم جلدها إذا انقطع عنها ضعف الولادة، وإن وجد لولدها مرضع قدم رجمها قبل رضاعه، وهل ترجم قبل تعيين المرضعة على وجهين مضيا في غير موضع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَاءَ بِشَاهِدَيْنِ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزِّنَا لَمْ يُلاَعِنْ وَلَمْ يُحَدَّ وَلاَ حَدَّ عَلَيْهَا».

قال الماوردي: أما الشهادة على الإقرار بالزناء ففيها قولان:

أحدهما: قاله في القديم لا يقبل منه أقل من أربعة كما لا يقبل على فعل الزنا أقل من أربعة ليكون الفرع معتبراً بأصله قياساً على غير الزني من الحقوق التي لا يقبل في الإقرار بها إلا ما يقبل في أصلها.

كالقتل يقبل فيه وفي الإقرار به شاهدان، وكالدين يقبل فيه وفي الإقرار به شاهد وامرأتان فعلى هذا إن أقام الزوج على إقرارها بالزنا شاهدين لم يسقط عنه حد القذف، وكان مأخوذاً به إلا أن يلتعن لأن بينة الإقرار لم تكتمل.

والقول الثاني: قال في الجديد: يقبل الإقرار بالزنا شاهدان، وإن لم يقبل في فعل الزنا إلا أربعة، لأن اختلاف حكمهما يقتضي اختلاف حكم الشهادة فيهما لأن المقر له بالزنا لا يتحتم حده، لان له إسقاط بالرجوع في إقراره، والمشهود عليه بفعل الزناء محتوم الحد لا سبيل إلى إسقاطه عنه فتغلظت البينة في الحد وتحققت في الإقرار وليس كذلك سائر الحقوق لاستواء الحكم فيها وفي الإقرار بها؛ لأن المقر بالقتل مأخوذ بالقول كالمشهود عليه بالقتل، فاستوت البينة في القتل وفي الإقرار به

لاستواء حكمها؛ لأن من قال: أقررت بالزنا لم يحد، ومن قال: أقررت بالقتل: أقيد فعلى هذا إذا أقام الزوج بعد قذفها شاهدين على إقرارها بالزنا سقط عنه الحد ولم يجب عليها الحد لأن بإنكارها رجوع في الإقرار، فلو أراد الزوج أن يقيم البينة على زناها ففي جواز ذلك وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الطيب بن سلمة يجوز له ذلك تصديقا لقذفها وتكذيباً لإنكارها.

والوجه الثاني: وهو الأصح لا يجوز له ذلك، ويمنع من التعرض له، لأنه لا يستفيد به حقاً؛ لأن حده قد سقط بإقرارها.

فصل: وإذا ادعت على زوجها القذف فأنكر فشهد عليه ابناه بقذفها، فإن كانا من غيرها سمعت شهادتهما عليه، وإن كانا منها لم تسمع شهادتهما؛ لأنها شهادة لأمهما، وإذا قذفها وشهد ابناها على إقرارها بالزنا فإن كانا من غيره سمعت شهادتهما؛ لأنها على أمهما، وإن كانا منه لم تسمع شهادتهما لأنها شهادة لأبيهما، وإذا قذفها وشهد عليها أربعة بالزنى من بنيها لم يسقط بها الحد عن الأب لأنها شهادة له وفي وجوب الحد على الأم قولان، مبنيان على اختلاف قوليه في الشهادة، إذا رد بعضها هل يوجب رد جميعها؟ أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تحد، إذا قيل: إن رد الشهادة في البعض يوجب رد جميعها لأنها شهادة لأبيهم على أمهم فردت شهادتهم للأب.

والثاني: تحد، إذا قلنا إن رد بعضها لا يوجب رد جميعها إذا ردت في حق الأب وأمضيت على الأم، ولو شهد ابناها على أن أباهما قذف زوجة له أخرى غير أمهما ففي قبول شهادتهما قولان ذكرهما في القديم ونقلها المزني في جامعه الكبير:

أحدهما: ترد شهادتهما ولا تقبل وإن كان على أبيهما لغير أمهما؛ لأنه قد يلاعن منها إذا ثبت قذفه فتنتفع الأم بعدم الضرة وخلوعها بالزوج.

والقول الثاني: وهو الأصح واختاره المزني أن شهادتهما مقبولة؛ لأنه لا منفعة لأمهما فيها إلا أن تسر بفراق ضرتها، وهذا غير مؤثر، لأنه للأب أن يتزوج مكانها وهكذا لو شهد ابناهما على الزوج بطلاق غير أمهما كان على هذين القولين، ذكرهما في القديم:

أحدهما: لا يقبل.

والثاني: يقبل وتوجيهما ما قدمناه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَذَفَهَا وَقَالَ كَانَتْ أَمَةً أَوْ مُشْرِكَةً

فَعَلَيْهَا البَيِّنَةُ أَنَّهَا يَوْمَ قَذَفَهَا حرَّةٌ مُسْلِمَةٌ لأَنَّهَا مُدَّعِيَةٌ الحَدَّ وَعَلَيْهِ اليَمِينُ وَيُعَزَّرُ إلاَّ أَنْ يَلْتَعِنَ».

قال الماوردي: جملته أنهما إذا اختلفا بعد القذف، فقال قذفتك وأنت أمة أو مشركة، وقالت بل كنت حرة أو مسلمة، فلا يخلو حالها مع الاحتمال من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم أنها كانت أمة أو مشركة من قبل، ويجهل أمرها في الحال.

والثاني: أن يعلم أنها حرة في الحال أو مسلمة ويجهل أمرها من قبل.

والثالث: أن يجهل أمرها من قبل وفي الحال فلا يعلم لها حرية ولا رق، ولا إسلام ولا شرك.

وأما القسم الأول: وهو أن يعلم أنها كانت أمة أو مشركة من قبل ويجهل أمرها في الحال، فالقول قول القاذف مع يمينه أنها أمة أو مشركة، وعليه التعزير، إلا أن يقيم البينة أنه قذفها وهي حرة أو مسلمة فيحد.

لأن الأصل بقاء ما كانت عليه من رق أو شرك.

وأما القسم الثاني: وهو أن يعلم أنها في الحال حرة أو مسلمة، ويجهل أمرها من قبل، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تزل حرة مسلمة من قبل، ويحد إلا أن يقيم البينة أنها كانت أمة أو مشركة من قبل فيعزر لأن الظاهر تقدم ما هي عليه الآن من حرية أو إسلام.

وأما القسم الثالث: وهو ن يجهل أمرها في الحال ومن قبل، فلا يعرف لها حرية ولا رق ولا إسلام ولا شرك، فالذي نصّ عليه الشافعي رضي الله عنه عند اختلافهما في القذف أن القول قول القاذف دون المقذوف والذي نص عليه عند اختلافهما في القتل أن القول قول أولياء المقتول دون القاتل فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: أن نقلوا كل واحد من الجوابين إلى الآخر وخرجوا القذف والقتل على قولين:

أحدهما: أن القول قول القاتل والقاذف مع يمينه؛ لأن دار الإسلام تجمعهم، والأصل براءة الذمة،.

والقول الثاني: أن القول قول المقذوف وولي المقتول مع يمينه؛ لأن الظاهر من دار الإسلام إسلام أهلها وحريتهم فأجرى حكم ذلك على من فيها. كما يجري على اللقيط حكم الحرية والإسلام، وهذا حد وجهي أصحابنا.

والوجه الثاني: أن حملوا كل واحد من الجوابين على ظاهره فجعلوا في القذف

القول قول القاذف دون المقذوف، وجعلوا في القتل القول قول أولياء المقتول دون القاتل وفرقوا بينهما بفرقين:

أحدهما: أن القود في القتل موضوع لمعنى المماثلة وذلك غير موجود في الانتقال عنه إلى التعزير.

والفرق الثاني: أن القتل إذا انتقل عنه إلى الدية انتقل من مشكوك فيه[1] إلى مشكوك فيه، فلم يكن لنقله تأثير، والقذف إذا انتقل عن الحد فيه إلى التعزير انتقل من مشكوك فيه إلى يقين، فكان لانتقاله تأثير، وكلا الفرقين معلول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ حُرَّة مُسْلِمَةً وَادَّعَى أَنَّهَا مُرْتَدَّةٌ فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولها فيما ادعاه من ردتها وقت قذفه حالتان:

أحدهما: أن لا يعلم لها ردة تقدمت، فالقول قولها مع يمينها. أنها لم تزل مسلمة وعليه الحد لأن الظاهر من حالها استدامة الإسلام، ولم تقبل دعوى تخالفه إلا أن يقيم القاذف بينة على ردتها فيحكم بها ولا يحد وفي كيفية البينة قولان:

أحدهما: أن تشهد بردتها ثم يكون القول حينئذ قوله مع يمينه.

والقول الثاني: ألا يكتفي بالبينة على الردة حتى يشهدوا أنه قذفها في حال الردة حتى يكون الحكم مقصوراً على البينة، ولا تقبل يمينه إن لم تشهد البينة بذلك.

والحال الثانية: أن يعلم تقدم ردتها ويختلفان، فيقول القاذف: قذفتك وأنت مرتدة وتقول المقذوفة: قذفتني وأنا مسلمة. ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول القاذف مع يمينه؛ لأن الحدود قدراً بالشبهات.

والوجه الثاني: أن القول قول المقذوفة مع يمينها؛ لأن الأصل الإحصان، وهذان الوجهان من اختلاف القول في البينة على الردة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوِ ادَّعَى أَنَّ لَهُ البَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزِّنَا فَسَأَلَ الأَجَلَ لَمْ أُؤَجِّلْهُ إِلاَّ يَوْماً أَوْ يوْمَيْنِ فَإِنْ جَاءَ بِهَا وَإِلاَّ حُدَّ أَوْ لاَعَنَ».

قال الماوردي: وهو كما قال لأنا لو لم نؤجله لإحضار البينة لتعذرت عليه لوقته، لأن الشهود في الأغلب غير حضور، ولو عوجل بالحد مع إمكان البينة لصار

---

(١) سقط في أ.

مظلوماً، ولو مد له في الإمهال، ولم يقدر له الانتظار لصار المقذوف في تأخير حد وجب له مظلوماً وكان لكل قاذف أن يسقط الحد عن نفسه بادعاء البينة؛ فلما امتنع الطرفان لئلا يتوجه ظلم في أحدهما، وجب الفصل بينهما يتوسط الطرفين في حفظ الحقوق فكان الإنظار بثلاثة أيام هي أكثر القليل وأقل الكثير عدلاً بينهما في وصول كل واحد منهما إلى حقه لما ذكرنا في قوله تعالى: ﴿تمتعوا في داركم ثلاثة أيام﴾ [هود: ٦٥] ، ولخبر «المصراة» وخبر حبان بن منقذ في بيع خيار ثلاثة أيام.

فلأجل ذلك أنظر القاذف بالبينة ثلاثة أيام، فإن جاء بها وإلا حد أو لاعن وقول الشافعي رضي الله عنه لم أؤجله إلا يوماً أو يومين غير مانع من تأجيله في الثالث؛ لأنه في حكم الثاني والأول، وإنما قاله في وجه التقريب في الحد، فإن سألت المقذوفة حبسه في الثلاث حبس، فإن قال: لست أقدر على إحضار البينة إن حبست، أخرج من الحبس ملازماً ليحفظ بالملازمة، ويمكنه إحضار البينة بالإفراج.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ أَنَّهُ قَذَفَهَا كَبِيرَةً وَأَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ قَذَفَهَا صَغِيرَةً فَهَذَانِ قَذْفَانِ مُفْتَرِقَانِ وَلَوِ اجْتَمَعَ شُهُودُهُمَا عَلَى وَقْتٍ وَاحِدً فَهِيَ مُتَصَادِمَةٌ وَلاَ حَدَّ وَلاَ لِعَانَ».

قال الماوردي: وإذا اختلف في القذف فادعت الزوجة أنه قذفها كبيرة، وأقر الزوج أنها كانت وقت قذفه لها صغيرة، فإن لم تكن لها بينة فالقول قوله مع يمينه أنها كانت حين قذفها صغيرة ولا حد عليه لأن الصغر يقين وجنب المؤمن حمى ، وعليه التعزير؛ لأن قذف الصغيرة يوجبه فإن لم تكن في الصغر زوجته فليس له أن يلتعن من تعزير وجب في غير الزوجية، كما لم يلتعن من حد وجب في غيرها ، وإن كانت في الصغر زوجته نظر، فإن نسب ذلك إلى حال يجامع مثلها فهو تعزير قذف يجوز أن يلاعن منه.

وإن قامت البينة على ما ادعت من قذفه لها في الكبر حكم بها ووجب عليه الحد وله ان يلتعن منه وان عارض بينتها ببينة شهدت له أنه قذفها في الصغر فللبينتين حالتان: اتفاق ومضادة.

فأما الحالة الأولى: وهي الاتفاق الممكن فقد تكون على أحد الوجهين: إما أن تطلق البينتان الشهادة من غير تاريخ، وإما أن تؤرخا تاريخين مختلفين فيعمل بشهادتهما، ويصير قاذفاً لها قذفين:

أحدهما: في الصغر ببينته.

والثاني: في الكبر ببينتها، فوجب عليه بقذف الصغر التعزير، وبقذف الكبر الحد. وله حالتان:

أحدهما: أن يلتعن فيسقط بلعانه الحد، والتعزير إن كان تعزير قذف ولا يسقط بلعانه إن كان تعزير أذى ويستوفى منه بعد اللعان.

والحالة الثانية: أن لا يلتعن فيقام حد القذف في الكبر، وأما التعزير للقذف في الصغر فإن كان تعزير أذى لكونها في صغر لا يجامع مثلها فيه لم يدخل هذا التعزير في حد القذف لاختلاف مستحقها؛ لأن التعزير من حقوق الله عز وجل والحد من حقوق الآدميين وإن كان تعزير قذف لكونها في صغر يجامع مثلها فيه فهما جميعاً من حقوق الآدميين، وفي دخول التعزير في الحد وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لأنه من جنسه ومستحقه كدخول الحدث في الجنابة ويقتصر فيه على الحد وحده.

والوجه الثاني: لا يدخل فيه، لأن حقوق الآدميين لا تتداخل، فيقام عليه التعزير ثم الحد.

فصل: فأما الحالة الثانية: وهي مضادة الشهادتين، فهو أن يختلفا في التاريخ ويختلفا في السن، فتشهد بينتها أنه قذفها مستهل المحرم وهي كبيرة وتشهد بينته أنه قذفها مستهل المحرم وهي صغيرة فيستحيل أن تكون صغيرة كبيرة في وقت واحد، فصار في الشهادتين تكاذب تعارضتا فيه، وفي تعارض الشهادتين قولان:

أحدهما: يسقطان، فعلى هذا يصير القول فيه قول الزوج مع يمينه أنه قذفها في الصغر وله أن يلتعن منها إن كان تعزير قذف، ولا يلتعن إن كان تعزير أذى وله أراد الشافعي بقوله: لا حد، ولا لعان.

والقول الثاني: في تعارض الشهادتين أنهما تستعملان، وفي استعمالهما ثلاثة أقوال:

أحدها: يوقفان حتى يقع البيان، والوقف ها هنا لا وجه له لفوات البيان، والقول الثاني: يعمل بهما في قسمة الدعوى، والقسمة ها هنا لا تعم، لأن القذف لا يتبعض.

والقول الثالث: يقرع بينهما، والقرعة مرجحة ها هنا، فأي البينتين قرعت حكم بها، وهل يحلف من قرعت بينته أم لا؟ فيه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في القرعة، هل دخلت مرجحة للدعوى أو البينة؟ فإن قيل إنها مرجحة للدعوى حلف صاحبها وإن قيل: إنها مرجحة للبينة لم يحلف والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَذَفَهُمَا وَقَذَفَ امْرَأَتَهُ لَمْ تَجُزْ

شَهَادَتُهَا الاَّ أَنْ يَعْفُوا قَبْلَ أَنْ يَشْهَدَا وَيُرَى مَا بَيْنَهُمَا وَبَيْنَهُ حَسَنٌ فَيَجُوزَا».

قال الماوردي: وصورتها أن تدعي زوجته عليه القذف فينكرها، فيشهد عليه شاهدان أنه قذفهما وقذف امراته، او يشهدان انه قذف امراته وقذفهما، لا فرق بين ان يقدما الشهادة للمرأة على أنفسهما أو يؤخراها فقد صارا شاهدين لأنفسهما ولغيرهما، وشهادة الإنسان لنفسه مردودة وصارا بها خصمين وعدوين؛ لأن المقذوف عدو للقاذف، وشهادة العدو على عدوه مردودة فردت للزوجة كما ردت لأنفسهما ولم تقبل في واحد من الحقين فإن شهدا أنه قذف أمهما وقذف أجنبياً ردت شهادتهما لأمهما للتهمة وهل ترد شهادتهما للأجنبي على قولين:

أحدهما: ترد ولا تتبعض كما لو شهد أنه قذفها وقذف زوجته.

والقول الثاني: تقبل شهادتهما للأجنبي وإن ردت لأمهما.

والفرق بين المسألتين أن الشهادة لأمهما ردت لأجل التهمة ومن أتهم في شهادة جاز أن يقبل في غيرها إذا انفردت فكذلك إذا اجتمعت، ومن ردت شهادته بالعداوة لم يجز أن يقبل فيها ولا في غيرها سواء اجتمعت أو افترقت، لأنه يكون عدواً في الجميع ولا يكون مفهوماً في الجميع فافترقا، وإن كان ابن سريج قد جمع بينهما جمعاً يبطله الفرق الذي ذكرناه.

فصل: فأما إن عفى الشاهدان عن حقهما وحسن ما بينه وبينها، لم يخل أن يكون ذلك قبل الشهادة أو بعدها، فإن كان قبل الشهادة، وذكرا أنفسهما بعد العفو إخباراً عن الحال قبلت شهادتهما للزوجة لأنهما قد خرجا بالعفو من أن يكونا خصمين وخرجا بحسن ما بينهما من أن يكونا عدوين، وإن كان عفوهما بعد الشهادة لم تقبل شهادتهما بالعفو الحادث بعدها، لاقترانهما بما منع من قبولها فلو أعاد الشهادة بعد العفو لم تقبل، لأنها ردت بعد سماعها فصار كردها بالفسق، فلا تقبل إذا أعيدت بعد العدالة، ويجري عفوهما قبل الشهادة مجرى العدالة قبل الشهادة. فلا يمنع تقدم الفسق من قبولها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عنهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَرَبِيَّةِ والآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْفَارِسِيَّةِ لَمْ يَجُوزَا لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَلاَمَيْنِ غَيْرُ الآخَرِ».

قال الماوردي: اختلاف الشاهدين في الأداء على ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهما في المشهود به.

والثاني: أن يكون اختلافهما في الإخبار عنه.

فأما الضرب الأول: وهو أن يكون اختلافهما في المشهود به.

فصورته: أن يشهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالفارسية، فهذا اختلاف في المشهود به من القذف، ولأن قذفها بالعربية غير قذفها بالفارسية، ولم يشهد بأحدهما شاهدان، فلا يثبت عليه واحد من القذفين، وهكذا لو شهد أحدهما أنه قذفها [يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه قذفها يوم السبت، أو شهد أحدهما أنه قذفها بزيد، وشهد الآخر أنه قذفها بعمرو أو شهد أحدهما أنه قذفها][1] وشهد الآخر أنه أقر بقذفها، أو شهد أحدهما أنه قال لها زنيت وشهد الآخر أنه قال لها يا زانية، فهذا كله شهادة بقذفين لم يجتمعا على أحدهما فلم يجب بشهادتهما حد.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أجمع بين شهادتهما على قذفه وأوجب عليه الحد، وحكى محمد بن شجاع عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: أضم الشهادة إلى الشهادة في العقود والأقوال، ولا أضم الشهادة في الأفعال إذا شهد عليه ببيع داره في يوم الجمعة، وشهد الآخر عليه ببيعها في يوم السبت، حكم عليه بالبيع، وإذا شهد عليه أحدهما بقذفها يوم الجمعة، وشهد الآخر عليه بقذفها في يوم السبت، حكم عليه بالقذف ولو شهد عليه أحدهما بالقتل في يوم الجمعة، وشهد الآخر عليه بالقتل في يوم السبت لم يحكم عليه بالقتل.

ولا يجوز على مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن تضم الشهادة إلى الشهادة في العقود والأقوال، كما لا يجوز أن تضم في الأفعال، لأن الفرق بينهما مفقود، ولأن المشهود به في الجميع مختلف.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون اختلافهما في الإخبار عنه فصورته أن يشهد أحدهما على إقراره بالعربية أنه قذفها، ويشهد الآخر على إقراره بالفارسية أنه قذفها فهذا قذف واحد، قد اختلف في الإخبار عنه فكملت به الشهادة ووجب به الحد، وهكذا لو شهد أحدهما على إقراره بقذفها يوم الجمعة، وشهد الآخر على إقراره في يوم السبت بقذفها، لأنه في كلا اليومين مقر بقذف واحد، فكملت فيه الشهادة، ويجب فيه الحد، ولكن لو شهد أحدهما على إقراره في يوم السبت أنه قذفها فيه، وشهد الآخر على إقراره في يوم الأحد أنه قذفها فيه فهما قذفان لم تكتمل الشهادة في أحدهما فلم يجب عليه الحد.

---

(١) سقط في أ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي بِقَذْفِهَا».

قال الماوردي: وهو كما قال، يقبل في القذف والقصاص كتاب القاضي إلى القاضي، وتجوز فيهما الشهادة على الشهادة، لأنهما من حقوق الآدميين التي يجب النظر والاستظهار لحفظها، وفي جوازها في حدود الله تعالى قولان:

أحدهما: يجوز فيهما كتاب قاض إلى قاض والشهادة على الشهادة، قياساً على حقوق الآدميين.

والقول الثاني: لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة، ولا يقبل فيها كتاب قاض إلى قاض، لأن حدود الله سبحانه وتعالى تدرأ بالشبهات، ثم لفرق ثان بينهما، وهو أن من أتى، ما يوجب لله سبحانه حداً فعليه أن يستره، ومن لزمه حق الآدميين فعليه أن يظهره، فلذلك وجب الاستظهار في حقوق الآدميين دون حقوق الله تعالى، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَتُقْبَلُ الْوَكَالَةُ فِي تَثْبِيتِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الحُدُودِ فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ أَوْ يَأْخُذَ اللِّعَانَ أُحْضِرَ الْمَأْخُوذُ لَهُ الْحَدَّ واللِّعَانَ وَأَمَّا حُدُودُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعالَى فَتُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ».

قال الماوردي: أما الوكالة في تثبيت الحد والقصاص، فجائزة لأمرين:

أحدهما: أن ما صح أن يباشر تثبيته صح أن يوكل فيه كسائر الحقوق.

والثاني: أنه ربما عجز مستحقها عن تثبيت الحجة فيها وتجوز عنها فجاز التوكيل في الحالين كما يجوز في سائر الحقوق، فإذا صحت الوكالة في تثبيت الحد والقصاص لم يكن للوكيل أن يستوفيهما ما لم يوكل في الاستيفاء، لأن فعل الوكيل مقصور على ما اذن له فيه فلم يتجاوز بالتثبيت الاستيفاء، لانه غير ماذون فيه فإن وكله في الاستيفاء فظاهر ما قاله هاهنا، وفي كتاب الوكالة، أنه لا يجوز وظاهر ما قالهفيالجنايات جوازه.

فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه على اختلاف قولين:

أحدهما: لا يجوز التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص إلا بمشهد من الوكيل، فإن غاب لم يجز لأمرين:

أحدهما: أن الدماء والأعراض لا تستباح إلا بيقين، ويجوز أن يعفو الموكل إذا غاب ولا يعلم الوكيل.

والثاني: أن مستحق ذلك مندوب إلى العفو، وقد يرجى بحضوره إن يرق قلبه فيعفو فلم يجز أن يغيب عنه.

والقول الثاني: يجوز التوكيل في استيفائه مع غيبة الموكل لما قدمناه من المعنيين في جواز التوكيل، فهذا أحد وجهي أصحابنا وهو قول أكثرهم.

والوجه الثاني: أنه ليس على اختلاف قولين، إنما هو على اختلاف حالين، فالموضع الذي جوزه فيه إذا استأنف التوكيل في استيفائه بعد ثبوته.

والموضع الذي منع من جوازه فيه إذا جمع في التوكيل بين تثبيته واستيفائه، لأن الظاهر من الجمع بينهما ظهور القدرة ليعفو عن قدره، فلم يجز الاستيفاء إلا بحضوره، وإذا وكل بعد ثبوته فقد عرفت قدرته وليس من عفوه ولم يبق له قصد غير الاستيفاء فصح أن ينفرد به وكيله وقد لوح بهذا الفرق أبو علي بن أبي هريرة، فأما اللعان فلا يصح فيه التوكيل والاستنابة، لأنه يمين أو شهادة، والنيابة لا تصح في واحد منهما وأما حد الزنا فيجوز للإمام أن يستنيب في تثبيته واستيفائه لأن عفوه عنه بعد ثبوته لا يصح، قال رسول الله ﷺ: «يا أنيس أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وبالله التوفيق.

بَـابُ الْوَقْتِ فِي نَفْيِ الْوَلَدِ وَمَنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ وَنَفْيِ وَلَدِ الأَمَةِ مِنْ كِتَابَيْ لِعَانٍ قَدِيمٍ وَجَدِيدٍ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا عَلِمَ الزَّوْجُ بِالْوَلَدِ فَأَمْكَنَهُ الْحَاكِمُ أَوْ مَنْ يَلْقَاهُ لَهُ إِمْكَاناً بَيِّناً فَتَرَكَ اللِّعَانَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ كَمَا يَكُونُ بَيْعُ الشِّقْصِ فِيهِ الشُّفْعَةُ وإِنْ تَرَكَ الشَّفِيعُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ لَمْ تَكُنِ الشُّفْعَةُ لَهُ وَلَوْ جَازَ أَنْ يَعْلَمَ بِالْوَلَدِ فَيَكُونُ لَهُ نَفْيُهُ حَتَّى يُقِرَّ بِهِ جَازَ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ شَيْخاً وَهُوَ مُخْتَلِفٌ مَعَهُ اخْتِلاَفُ الْوَلَدِ وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ يَكُونُ لَهُ نَفْيُهُ ثَلاَثاً وَإِنْ كَانَ حَاضِراً كَانَ مَذْهَباً وَقَدْ مَنَعَ اللَّهُ مَنْ قَضَى بِعَذَابِهِ ثَلاَثاً وَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَذِنَ لِلْمُهَاجِرِ بَعْدَ قَضَاءِ نُسُكِهِ فِي مُقَامِ ثَلاَثٍ بِمَكَّةَ وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ مَنْ حَضَرَهُ بِذَلِكَ فِي يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ لَم يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ (قال المزني) لَوْ جَازَ فِي يَوْمَينِ جَازَ فِي ثَلاَثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ فِي مَعْنَى ثَلاَثَةٍ وَقَدْ قَالَ لِمَنْ جَعَلَ لَهُ نَفْيَهُ فِي تِسْعٍ وَثَلاَثِينَ وَأَبَاهُ فِي أَرْبَعِينَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الصُّمَّتَيْنِ فَقَوْلُهُ فِي أَوَّلِ الثَّانِيَةِ أَشْبَهُ عِنْدِي بِمَعْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في المدة التي يجوز نفي الولد فيها، وحكي عن شريح والشعبي أنهما جوزا له نفيه ما لم يقر به وإن صار شيخاً فجعل الإقرار به شرطاً في لحوق نسبه. وفي هذا أبطال لقول النبيّ ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» لأنهما يجعلا الولد للإقرار دون الفراش.

وقال أبو يوسف بنفيه إلى ستة أشهر وهي مدة أقل الحمل.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ ينفيه إلى أربعين يوماً هي أكثر مدة النفاس عنده وفيه على مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قولان:

أحدهما: له نفيه إلى مدة ثلاثة أيام بعد علمه، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنه لا يستغني عن الارتياء والتفكير، ولقاء حاكم وفقيه حتى لا يستحلق ولداً ليس منه، ولا ينفي ولداً هو منه، فأجل قليل الزمان المعتبر في استحقاق الخيار، وهو ثلاثة أيام.

والقول الثاني: أن نفيه بعد العلم به معتبر بالإمكان على الفور من غير تأخير، لأن كل ما لزم بالسكوت فمدة لزومة معتبرة بالإمكان بعد علمه كالرد بالعيب والأخذ بالشفعة، ولأن كل خيار تعلق بالنكاح كان معتبراً بالفور كالخيار بالعيوب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وأَيُّ مُدَّةٍ؟ قُلْتُ لَهُ نَفْيُهُ فِيهَا فَأَشْهَدَ عَلَى نَفْيِهِ وَهُوَ مَشْغُولٌ بِما يَخَافُ فَوْتَهُ أَوْ بِمَرَضٍ لَمْ يَنْقَطِعْ نَفْيُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا قيل: إن نفيه على الفور، أو قيل إنه مؤجل في نفيه ثلاثاً فمضت صار الخيار عند انقضائها على الفور، والحكم في الحالين حينئذ واحد، وإذا كان كذلك فالفور في نفيه معتبراً بثلاثة شروط.

الشرط الأول: العلم بولادته، فإن لم يعلم به حتى تطاول به الزمان كان على نفيه فإن نوزع في العلم. لم يخل من أن يكون غائباً أوحاضراً فإن كان غائباً قبل قوله إنه لم يعلم، وإن كان حاضراً لم يخل إما أن يكون معها في دار واحد أو في دارين، فإن كانا في دار صغيرة لا يخفى ولادتها على من فيها لم يقبل قوله إنه لم يعلم، وإن كان في دار تلتها، نظر فإن شاع خبر ولادتها في الجيران لم يقبل قوله إنه لم يعلم لاستحالته وإن لم يشع الخبر في جيرانه قبل قوله في عدم العلم لإمكانه.

والشرط الثاني: أن لا يكون له عذر قاطع عن نفيه، والأعذار القاطعة: أن يكون محبوساً، أو مريضاً، أو مقيماً على مريض لا يقدر على تركه أو مقيماً على حفظ مال يخاف من تلفه، أو مستتراً في ذي سطوة يخاف ظلمه أو طالباً لضالة يخاف موتها أو مقيماً على إطفاء حريق، أو استنقاذ غريق، إلى غير ذلك من الأعذار التي يجوز معها ترك الجمعة. فلا يزمه الحضور معها ثم ينظر فإن قدر معها على مراسلة الحاكم بحاله فعل، وإن قدر على الإشهاد على نفسه فعل، وإن قدر عليهما أو على أحدهما فلم يفعل ما قدر عليه منهما لزمه الولد، وإن لم يقدر على واحد منهما لم يلزمه، وكان له نفيه.

والشرط الثالث: الإمكان من غير إرهاق يخرج عن العرف، فإن كان ليلاً فحتى يصبح. وإن كان في وقت صلاة فحتى يصلي، وإن حضر طعام فحتى يأكل وإن كان يلبس ثياباً بذله لا يلقى الحاكم بها فحتى يلبس ثياب مثله وإن كان ممن يركب فحتى يسرج مركوبه، وإن كان له مال بارز فحتى يحرز ماله، فهذا كله وما شاكله معتبر في

مكنته ولا يمتنع من نفيه، فإذا تكاملت هذه الشروط فقد تعين الفور ولزم تعجيل النفي، فإن لم يبادر إليه لزمه الولد، ولم يكن له نفيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ غَائِباً فَبَلَغَهُ فَأَقَامَ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ إِلاَّ بِأَنْ يَشْهَدَ عَلَى نَفْيِهِ ثُمَّ يُقْدِمُ».

قال الماوردي: إذا عرف ولادته وكان غائباً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يقدر على المسير فيؤخذ به إن أراد نفياً متأنياً من غير إرهاق لتلمس صحبة، أو يعد مركباً كما لم يرهق في الحضر بالخروج عن العرف فإن لم يأخذ في المسير عند إمكانه لزمه الولد.

والضرب الثاني: أن لا يقدر على المسير إما بشغل له أو بعذر في الطريق. أو لعدم صحبه لم يلزم المسير ولم يسقط حقه بالتوقف.

ثم نظر فإن قدر على إيفاد رسول فعل ليكون مخبراً بإنكار الولد ولا يفوته حقه في نفيه، وإن قدر على الإشهاد وفعل، [فإن قدرعليهما فلم يفعلهما، أو فعل أحدهما لزمه الولد، فإن لم يقدر عليهما أو قدر على أحدهما ففعل ما قدر عليه منهما لم يلزمه الولد وكان في حقه من نفيه ما كان على حاله إلا أن يقدر على ما يفعله من مسير أو رسول أو شهادة فيؤخذ بما يقدر عليه من ذلك ليكون حقه في نفيه باقياً][١].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ لَمْ أُصَدِّقْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ».

قال الماوردي: وصورتها أن يخبر بولادته فيمسك عن نفيه، ويقول لم أصدق المخبر في خبره، فينظر فإن كان الخبر عن طريق الآحاد كالواحد والاثنين قبل قوله، وسواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً، لأنه قد يستراب بالعدل، ويستوثق بالفاسق، وإن كان الخبر متواتراً مستفيضاً لم يقبل قوله في تكذيب الخبر لوقوع العلم به، وإذا قبلنا قوله في هذه المواضع مع يمينه فإن نكل عن اليمين ففي الحكم عليه بنكوله وجهان:

أحدهما: يحكم عليه بنكوله في إبطال دعواه ويلحقه الولد بالفراش دون النكول. ولا ترد اليمين على الأم ولا على الولد، لأنه لا يراعى فيه تصديقها، ولا يؤثر فيه تكذيبها.

والوجه الثاني: أن اليمين ترد على الأم فإن حلفت لزمه الولد وإن نكلت وقفت على بلوغ الولد، فإن حلف ثبت نسبه، وإن نكل انتفى عنه لأن لحوق النسب للولد، وفيه من حقوق الأم نفي المعرة عنها فوجب رد اليمين عليها فعلى هذا إن وقفت على

---

(١) ما بين المعكوفين سقط في أ.

بلوغ الولد لم يؤخذ الزوج بنفقته، لأن نسبه على هذا الوجه غير لاحق إلا بيمينه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ حَاضِراً فَقَالَ لَمْ أَعْلَمْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ».

قال الماوردي: اعلم أن إنكار العلم ضربان:

أحدهما: أن يقول: لم أعلم بولادته، مع كونه حاضراً في البلد، فقد ذكرنا أنه إن كان معها في دار واحدة والدار صغيرة لا يخفى طلقها وولادتها على من فيها لم يقبل قوله، وإن كان في دار أخرى وقد شاع الخبر في الجيران لم يقبل قوله، وإن لم يشع الخبر قبل.

والضرب الثاني: أن يعترف بولادتها، ويقول لم أعلم أن لي نفيه أو يقول علمت ذاك ولم أعلم أنه على الفور، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن لا يخفى عليه مثل ذلك لمخالطة الفقهاء، وإشرافه على الأحكام، فقوله غير مقبول، لأنه يخالف ظاهر حاله.

والقسم الثاني: أن يكون ممن يخفى عليه مثل ذلك ويجهله، لقرب إسلامه أو مجيئه من بادية نائية، فقوله مقبول لأنه يوافق ظاهر حاله.

والقسم الثالث: أن يكون أمره فيه محتملاً لأنه متقدم الإسلام في حضر لكنه ممن يخفى عليه لكونه من أهل الأسواق وأرباب الصنائع الذين لا يخالطون الفقهاء، ولا يعرفون الأحكام ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل قوله، لأن الأصل عدم العلم.

والوجه الثاني: لا يقبل قوله لأن الأصل ثبوت النسب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَآهَا حُبْلَى فَلَمَّا وَلَدَتْ نَفَاهُ فَإِنْ قَالَ لَمْ أَدْرِ لَعَلَّهُ لَيْسَ بِحَمْلٍ لَاعَنَ وَإِنْ قَالَ قُلْتُ لَعَلَّهُ يَمُوتُ فَأَسْتُرُ عَلَيَّ وَعَلَيْهَا لَزِمَهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه إذا ظن ريحاً أو غلظاً لم يكن منه اعتراف بما يقتضي لحوق النسب سواء جعل للحمل حكم أو لم يجعل، وإن تحققه حملاً صحيحاً ورجا موته أو موت الأم فستر عليها وعلى نفسه فقد صار معترفاً به ممتنعاً من نفيه فلزمه الولد ولم يكن له نفيه إلا أن تكون الحامل مبتوتة ففي جواز نفيه بعد ولادته وجهان، مبنيان على اختلاف الوجهين في نفي حمل المبتوتة. فإن قيل: يلتعن لنفيه قبل الولادة، لم يكن له أن ينفيه ولزمه بعد الولادة، وإن قيل: لا يلتعن من حمل المبتوتة إلا بعد ولادتها جاز له نفيه بعد ولادتها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَنِىءَ بِهِ فَرَدَّ خَيْراً وَلَمْ يُقِرَّ بِهِ لَمْ يَكُنْ هَذا إِقْراراً لأَنَّهُ يُكَافِىءُ الدُّعَاءَ بِالدُّعَاءِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: والتهنئة به أن يقال له: جعله الله لك خلفاً صالحاً وأراك فيه السرور، فإذا أجاب عن هذه التهنئة لم يخل جوابه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يدل على إقراره، كقوله: أجاب الله دعاءك ورزقك الله مثله، أو يقتصر على قول: آمين، فيكون بهذا الجواب وأمثاله مقراً به لما تضمنه من الرضى والاعتراف.

والقسم الثاني: أن يدل على إنكاره كقوله: أعوذ بالله، أو يكفي الله، فيكون بهذا الجواب، وأمثاله منكراً له.

والقسم الثالث: أن يكون دعاء لا يتضمن اعترافاً ولا إنكاراً، كقوله: أحسن الله جزاك وبارك الله فيك، فمذهب الشافعي: لا يكون ذلك إقراراً وله نفيه.

وقال أبو حنيفة: الإجابة بالدعاء رضى والرضى إقرار بمنعه من النفي، وهذا ليس بصحيح، لأن مقابلة الدعاء بالدعاء مندوب إليه في التحية.

قال سبحانه: **﴿إذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾** [النساء: ٨٦]. فصار ظاهر جواب التحية دون الرضى والاعتراف فوجب حمله على ظاهره والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَمَّا وَلَدُ الأَمَةِ فَإِنَّ سَعْداً قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي عُتْبَةُ قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زُمْعَةَ أَخِي وابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ فَقَال ﷺ «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زُمْعَةَ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ولِلْعَاهِرِ الحَجَر» فَأَعْلَمَ أَنَّ الأَمَةَ تَكُونُ فِرَاشاً مَعَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ لاَ تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ تَعْتَرِفُ لِسَيِّدِهَا أَنَّهُ أَلَمَّ بِهَا إِلاَّ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُنَّ وَإِنَّمَا أَنْكَرَ عُمَرُ حَمْلَ جَارِيَةٍ لَهُ فَسَأَلَهَا فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهُ مِنْ غَيْرِهِ وَأَنْكَرَ زَيْدٌ حَمْلَ جَارِيَةٍ لَهُ وَهَذَا إِنْ حَمَلَتْ وَكَانَ عَلَى إِحَاطَةٍ مِنْ أَنَّهَا مَنْ تَحْمِلُ مِنْهُ فَوَاسَعَ لَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى فِي امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ أَوْ الأَمَةِ أَنْ يُنْفَى وَلَدُهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال الأمة لا تصير فراشاً حتى يعلم الوطء، فتصير فراشاً بالوطء، والحرة تصير فراشاً إذا أمكن الوطء، والفرق بينهما مع الاتفاق عليه هو أنه لما جاز أن يملك من لا يحل له وطئها، ولم يجز أن ينكح من لا يحل له وطئها امتنع أن تصير الأمة بالملك فراشاً، ولم يمتنع أن تصير الحرة بالعقد فراشاً، فإذا ثبت

هذا ووطيء الأمة صارت حينئذ فراشاً فأي ولد وضعته لستة أشهر فصاعداً من وطئه لحق به ما لم يستبرئها، ولا يراعى فيه إقراره له.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: الأمة لا تصير فراشاً بالوطء، ولا يلحق به ولدها حتى يقر به فيصير بإقراره ولـداً، فإن وضعت بعده ولداً صارت بالأول فراشاً ولحق به الثاني، ومن بعده من غير إقرار.

استدلالاً بأن ولد الأمة مخالف لولد الحرة في الابتداء والانتهاء، لأنه لو لم يقر بوطئها لم يلحقه ولحقه ولد الحرة ولو استبرأها لم يلحقه ولحقه ولد الحرة فوجب أن يكون الإقرار به معتبراً وإن لم يعتبر في ولد الحرة لفرق ما بينهما من الضعف والقوة، ولأنه لو لحق به ولد الأمة من غير إقرار لما انتفى عنه إلا بلعانه، وفي نفيه عنه بغير لعان دليل على أنه لا يلحقه إلا بالإقرار به، ولأنها لو صارت فراشاً بالوطء كالحرة لاعتبر في رفعه الطلاق والعدة، ولم يرتفع بالاستبراء مع بقاء الاستباحة، كما لا يرتفع بالاستبراء فراش الحرة.

فصل: ودليلنا السنة، والإجماع، والعبرة.

فأما السنة: فروى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ عن مالك ـ رضي الله عنه ـ عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنهم: أن سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة اختصما إلى رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة فقال سعد: إن أخي عتبة عهد إلي أنه كان ألمَّ بها في الجاهلية وأن أطلبه إن دخلت مكة. فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبيّ ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، وللعاهر الحجر:

وفيه ثلاثة أدلة:

أحدهما: قول عبد بن زمعة: أخي وابن وليده أبي ولد على فراشه فجعلها فراشاً لأبيه، وجعل ولدها أخاً له بالفراش، فإن إقرار النبيّ ﷺ له على هذا دليل على ثبوته وصحته.

والثاني: جواب النبيّ ﷺ فيما حكم به من قوله: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» فجعلها فراشاً وحكم به لعبد بن زمعة أخاً وجعل الفراش مثبتاً لنسبه.

والثالث: أنه لما صارت الحرة فراشاً بهذا الخبر وهو في الأمة دونها فلأن تصير به الأمة فراشاً أولى، لأن نقل السبب مع الحكم يمنع من خروج الحكم عن ذلك السبب إجماعاً إنما الخلاف هل يكون مقصوراً عليه أو متجاوزاً له؟.

اعترضوا على الاستدلال بهذا الخبر من خمسة أوجه:

أحدها: أنه حكم به لعبد بن زمعة عبداً لا ولداً لأمرين:

أحدهما: قوله لعبد بن زمعة: هو لك فهذه الإضافة تقتضي الملك دون النسب.

والثاني: ما روي أنه قال: «هو لك عبد» والجواب عن ذلك من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن التنازع كان في نسبه دون رقه فكان الحكم مصروفاً إلى ما تنازعا فيه.

والثاني: أنه علل بالفراش والفراش علة في ثبوت النسب دون الرق.

والثالث: أننا روينا أنه ﷺ قال: هو لك يا عبد بن زمعة أخاً» وما رووه من قوله ﷺ: «هو لك عبد» محمول على النداء، كأنه قال يا عبد فحذف حرف النداء إيجازاً كما قال تعالى: ﴿يوسف أعرض عن هذا﴾ [يوسف: ٢٩]. يعني يا يوسف.

والاعتراض الثاني: أن قالوا: دعوى النسب تصح من جميع الورثة، ودعوى الملك تصح من بعضهم.

وقد كان لزمعة ابن هو عبد المدعي، وبنت هي سودة زوج النبيّ ﷺ ولم تدع، فدل على قصور الدعوى على الملك دون النسب.

والجواب عنه من وجهين: :

أحدهما: أنه قد صرح في الدعوى بالنسب دون الملك. فقال: أخي وابن وليدة أبي فلم يجز أن يحمل على غيره.

والثاني: أن تفرده بالدعوى مع إمساك سودة محتمل لأحد أمرين: إما لاستنابتها له لأنه ألحق بحجته، وإما لأنه كان وارث أبيه دونها؛ لأن زمعة مات كافراً وقد أسلمت سودة قبله وأسلم عبد بعده، فورثه عبد دونها، فلذلك تفرد بالدعوى.

الاعتراض الثالث: أن قالوا: قد أمر رسول الله ﷺ سودة أن تحتجب منه ولو كان أخاً لها لما حجبها عنه فدل على أنه نفي نسبه ولم يلحقه.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه قد حكم لعبد بما ادعاه من نسبه، والحكم بالدعوى محمول على اثباتها دون إبطالها.

والثاني: أنه لو نفاه لأجرى عليه حكم الرق، ولم يفعل ذلك وأمره سودة بالاحتجاب عنه محمول على أحد وجهين: إما لأن يبين بذلك أن للزوج أن يحجب زوجته عن أقاربها فيصير ذلك منه ابتداء لبيان الحكم، وإما لأنه رأى فيه شبهاً قوياً من عتبة، وقد نفاه الشرع عنه بالفراش الثابت لغيره ففعل ذلك إما بطريق الاستظهار، وإما لأن ترى سودة ما فيه من الشبه بعتبة فترتاب في نسبه.

والاعتراض الرابع: أن قالوا: قد أضمرتم في ثبوت نسبه الإقرار بالوطء وليس بمذكور، ونحن شرطنا الاقرار بنسبه وهو مذكور، فصار بأن يكون دليلاً على ثبوت نسبه بالإقرار المذكور أولى من الوطء الذي ليس بمذكور والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن عبداً ادعى أخوته لأنه ولد على فراش أبيه فصار الفراش موجباً لثبوت النسب دون الإقرار والفراش لا يكون إلا بعد الوطء فصار ثبوت الفراش إقراراً بالوطء.

والثاني: أن النبي ﷺ جعل سبب لحوق نسبة الفراش دون الإقرار فلم يجز أن يحمل على غير السبب الذي وقع به التعليل.

والاعتراض الخامس: أن قالوا: إنما أثبت نسب الولد، لأن أمه كانت أم ولد تصير فراشاً بالولد الأول ولا يراعى إقراره بالولد الثاني.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن إطلاق حكمه دليل أنه لا فرق بين الأمرين.

والثاني: أنه لم يعرف لزمعه ولد غير عبد وسودة، ولو كان لعرف فبطل هذا التأويل.

وأما الدليل من طريق الإجماع: فهو ما رواه الشافعي رضي الله عنه عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عمر رضي الله عنهم أنه قال ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يرسلونهن، لا تاتيني وليدة يعترف سيدها انه قد الَمَّ بها الا ألحقت به ولدها فأرسلوهن بعد أو امسكوهن.

فنادى به في الناس فلم ينكره، مع انتشاره فيهم أحد؛ فصار إجماعاً، فإن قيل: خالفه زيد بن ثابت لأنه نفى حمل جارية له قيل: إنما نفاه لأنه قال: كنت أعزل عنها، فدل على أنه مجمع معهم إذ لو لم يعزل كان لاحقاً به، وأما الدليل من طريق الاعتبار: فهو أنه وطء ثبت به تحريم المصاهرة فوجب أن يثبت به لحوق النسب كوطء الحرة، ولأن كل ما يثبت بوطء الحرة ثبت بوطء الأمة كتحريم المصاهرة، ولأن الإقرار بالوطء إقرار بالسبب والإقرار بالسبب إقرار بالمسبب: كالمقر بالشراء يكون مقراً بالتزام الثمن؛ لأن العقد سبب بالمسبب لاستباحة الوطء فإذا الحق بالسبب وهو العقد فأولى أن يلحق بالمسبب من الوطء ولأنه لمالحق بوطء الشبهة وهو حلال في الظاهر حرام في الباطن كان أولى أن يلحق بوطء الأمة الذي هو حلال في الظاهر والباطن؛ ولأنهم قد ألحقو به ولد الحرة مع عدم الوطء ونفوا عنه ولد الأمة مع وجود الوطء.

وفيه قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وهذا عكس المعقول وقلب للسنة.

فصل: فأما الجواب عن استدلالهم بفرق ما بين ولد الأمة والحرة من الضعف والقوة، فهو أن هذا الفرق يقتضي اختلافها في سبب اللحوق، وقد اختلفا فيه لأن ولد الحرة يلحق بالعقد مع إمكان الوطء وولد الأمة لا يلحق إلا بعد ثبوت الوطء فأغنى هذا الفرق عن افتراقهما في الإقرار به.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لو لحق به من غير إقرار لم ينتف عنه إلا باللعان فهو أن أحمد بن حنبل قد روى عن الشافعي رضي الله عنه أنه لاعن من ولد الأمة، وقال: ألا تعجبون من قول الشافعي: إن الرجل يلاعن من الأمة، وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو علي الطبري، وله عندي وجه إن لم يدفعه نص، واختلف أصحابنا في تخريجه قولاً ثانياً للشافعي رضي الله عنه فمنهم من خرجه قولاً للشافعي أن ولد الأمة لا ينتفي إلا باللعان كولد الحرة فعلى هذا قد استويا وسقط الاستدلال به وهل يستغني بإنكاره عن القذف في لعانه؟ على وجهين:

أحدهما: يغنيه إنكاره عن القذف ويكون لعانه أن يقول: أشهد بالله أن هذا الولد ليس مني ولا تحتاج الأمة بعده إلى أن تلتعن؛ لأن ما ثبت عليها الزنا، ولم يجب عليها بلعانه حد.

والوجه الثاني: أنه لا يغنيه إنكاره عن القذف، فيلتعن كما يلتعن من الحرة، وعليها الحد بلعانه إلا أن تلتعن فهذا إذا قيل بتخريجه قولاً ثانياً، ومن أصحابنا من أنكره وامتنع من تخريجه قولاً للشافعي وتأوله: أن يلتعن من الأمة إذا كانت زوجة. فعلى هذا يكون الفرق بين ولد الأمة وولد الحرة في اللعان أن ولد الأمة لما انتفى بالاستبراء لم يحتج إلى نفيه باللعان وولد الحرة لم ينتف بالاستبراء احتاج إلى نفيه باللعان.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنها لو صارت بالوطء فراشاً كالحرة لارتفع بالطلاق زوال الملك، ولم يرتفع بالاستبراء كما لا يرتفع بالاستبراء فراش الحرة، فهو أنهما مستويان في أن فراش كل واحدة منهما يرتفع بارتفاع ما ثبت به فراشها، فإن فراش الحرة ثبت بالعقد فارتفع بارتفاع العقد وفراش الأمة ثبت بالوطء فارتفع بارتفاع الوطء ولم يحتج إلى رفعه بالطلاق، لأن الطلاق لا يكون إلا في النكاح ولم يحتج فيه إلى زوال الملك؛ لان وجود الملك لا يمنع من عدوم الفراش في الابتداء وكذلك لا يمنع بقاء الملك في ارتفاع الفراش في الانتهاء وبعكسها تكون الحرة، وإذا كان كذلك فالاستبراء واجب في ارتفاع فراش الأمة ونفي ولدها عن السيد، وحكى ابن أبي هريرة فيه وجهاً عن بعض أصحابنا: أنه استظهار مستحب وليس بواجب، ويكفي في نفي الولد أن يدعى الاستبراء، وهذا وجه لا يتحصل؛ لأنه إذا كانت دعوى الاستبراء شرطاً

في نفيه لم يجز أن يكون كاذباً في دعواه فاقتضى أن يكون الاستبراء شرطاً واجباً في رفع الفراش ونفي الولد، فإن جاءت بولد بعد الاستبراء لأقل من ستة أشهر فهو لاحق به للعام بتقدمه على استبرائه سواء استبرأها بالأقراء أو بالولادة وإن جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت استبرائها نظر في الاستبراء، فإن كان بولد وضعته لم يحلق به الثاني باتفاق أصحابنا، لأنه إن كان بين الولدين ستة أشهر فصاعداً كانا من حملين فصار الثاني حادثاً من وطء بعد الاستبراء يقيناً فلذلك لم يلحق به، وإن كان قد استبرأها بالأقراء فمذهب الشافعي أنه لا يلحق به.

وقال أبو العباس بن سريج: إن وضعته لأقل من أربع سنين لحق به كالحرة والمطلقة يلحق به ولدها بعد العدة إذا وضعته لأقل من أربع سنين وهذا هو القياس عندي، وإن كان نص الشافعي على خلافه في ولد الأمة، وقال: إنها إذا وضعته بعدالاستبراء لستة أشهر فصاعداً لم يلحق به بخلاف ولد الحرة وفرق أصحابنا بينهما بأن ولد الحرة يلحقه بالإمكان، والإمكان موجود فيما دون أربع سنين فلذلك لحق به، وولد الأمة يلحق بالعلم بالوطء والعلم غير موجود فيما زاد على ستة أشهر فلذلك لم يلحق به وفي هذا الفرق وهاء إذا استبرأ فعلى هذا لو ادعى السيد الاستبراء لنفي الولد، وأنكرته الأمة ففي وجوب إحلافه وجهان:

أحدهما: لا يمين عليه وهذا على الوجه الذي حكاه ابن أبي هريرة أن نفيه معتبر بدعوى الاستبراء لا بفعله.

والوجه الثاني: وهو قول الجمهور: أن اليمين عليه واجبة إذا قيل إن نفيه معتبر بفعل الاستبراء لا بدعواه فعلى هذا في كيفية يمينه وجهان:

أحدهما: يحلف بالله لقد استبرأها قبل ستة أشهر من ولادته.

والوجه الثاني: يحلف بالله لقد ولدته لستة أشهر بعد استبرائه فإن حلف انتفى عنه، وإن نكل فعلى وجهين مضيا:

أحدهما: يكون لاحقاً به له.

والوجه الثاني: أن اليمين ترد على الأمة، فإن حلفت لحق به وكانت صفة يمينها على ما ذكرنا من الوجهين في يمين السيد وإن نكلت عن اليمين كانت موقوفة على بلوغ الولد فيحلف بالله أنه ولده وجهاً واحداً، فإن حلف لحق به، وإن نكل انتفى عنه وقد مضى في هذا الاتصال من شرح المذهب ما لم تجديداً منه فلذلك أطنبت وإن كنت للإطالة كارهاً وبتوفيق الله مستعيناً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ قَالَ كُنْتُ أَعْزِلُ عَنْهَا أُلْحِقَتِ الوَلَدَ بِهِ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ

اسْتِبْرَاءً بَعْدَ الوطْءِ فَيَكُونُ دَلِيلاً لَهُ وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ لَوْ وَلَدَتْ جَارِيَةٌ يَطَؤُهَا فَلَيْسَ هُوَ وَلَدَهُ إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ بِهِ فَإِنْ أَقَرَ بِوَاحِدٍ ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهُ بِآخَر فَلَهُ نَفْيُهُ لأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالأَوَّلِ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بِالثَّانِي وَلَهُ عِنْدَهُ أَنْ يُقِرَّ بِوَاحِدٍ وَيَنْفِي ثَانِياً وَبِثَالِثٍ وَيَنْفِي رَابِعاً ثُمَّ قَالُوا لَوْ أَقَر بِوَاحِدٍ ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهُ بِوَلَدٍ فَلَمْ يَنْفِهِ حَتَّى مَاتَ فَهُوَ ابْنُهُ وَلَمْ يَدَعْهُ قَطُّ ثُمَّ قَالُوا لَوْ أَنَّ قَاضِياً زَوَّجَ امْرَأَةً رَجُلاً فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَفَارَقَهَا سَاعَةَ مَلَكَ عُقْدَةَ نِكَاحِهَا ثَلاَثاً ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَزِمَ الزَّوْجَ قَالُوا هَذَا فِرَاشٌ قِيلَ وَهَلْ كَانَ فِرَاشاً قَطُّ يُمْكِنُ فِيهِ الجِمَاعُ».

قال الماوردي: أما العزل فضربان: عزل عن الإنزال، وعزل عن الإيلاج وكلاهما مباح في الأمة والزوجة، ولكن يلزم استطابة نفس الزوجة عنه، وإن لم يلزمه استطابة نفس الأمة، لأن للحرة حقا في الولد دون الأمة: فأما العزل عن الانزال فهو أن يولج في الفرج، فإذا أحس بالإنزال أقلع فأنزل خارج الفرج، وهذا العزل لا يمنع من لحوق الولد، روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: يا رسول الله نصيب السبايا ونحب الأثمان، أفنعزل عنهن؟ فقال: إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها[1] ولأنه قد يسبق من إنزاله ما لا يحس به فتعلق منه، وربما استدخل الفرج من المني الخارج ما يكون منه العلوق.

فأما العزل عن الإيلاج: فهو أن يطأ دون الفرج وينزل ففي لحوق ولد الأمة منه وجهان:

أحدهما: لا يلحقه لخروج المني عن الفرج.

والوجه الثاني: يلحقه لجواز أن يستدخله الفرج بحرارته، وهكذا ولد الموطوءة بشبهة يلحق به في العزل عن الإنزال، وفي لحوقه به في العزل عن الإيلاج وجهان.

فأما ولد الزوج فيلحق به في الحالين لثبوت الفراش بالعقد والإمكان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «إِذَا أَحَاطَ العِلْمُ أَنَّ الوَلَدَ لَيْسَ مِنَ الزَّوْجِ فَالوَلَدُ مَنْفِيٌّ عَنْهُ بِلاَ لِعَانٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ولد الحرة يلحق الزوج بشرطين:

أحدهما: العقد.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/٢١٦) (٥٢١٠).

والثاني: الإمكان، والإمكان يكون باجتماع شرطين:

أحدهما: إمكان الوطء.

والثاني: إمكان العلوق، فأما إمكان الوطء، فهو أن يكون اجتماعهما عليه مجوزاً، سواء علم أو لم يعلم، فإن لم يكن اجتماعهما وأحاط العلم بأن لم يكن بينهما وطء لم يلحق به الولد، وإما إمكان العلوق فيكون باجتماع شرطين:

أحدهما: أن يكون الزوج ممن يولد لمثله، فإن كان طفلاً لم يلحق به الولد.

والثاني: أن تضعه بعد العقد لمدة يجوز أن يكون حادثاً فيها بعد العقد وهي ستة أشهر فصاعداً، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر لم يحلق به للعلم بتقدمه على العقد، فإذا ثبت ما ذكرنا من لحوقه بالعقد والإمكان لم يلحقه إذا استحال الإمكان.

وقال أبو حنيفة: إمكان الوطء غير معتبر وإنما يعتبر مع العقد إمكان العلوق، فإن كان الزوج صغيراً أو ولدت بعد العقد لأقل من ستة أشهر لم يلحقه وإن كان الزوج كبيراً والولادة لستة أشهر لحق به الولد، وإن علم أنهما لم يجتمعا حتى قال في ثلاثة مسائل حكاها الشافعي عنه في القديم ما يدفعه المعقول منها فيمن تزوج في مجلس الحاكم وطلق فيه لوقته ثم ولدت لستة أشهر لا يزيد ولا ينقص أن الولد لاحق به ويجيء على أصله ما هو أضيق من هذا وأشنع، وهو إذا قال لأجنبية: إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فإذا تزوجها طلقت عقب نكاحها فإن ولدت لستة أشهر لحق به ولدها ومنها قوله فيمن تزوج بكراً وغاب عنها قبل الإصابة ثم بلغها خبر موته فاعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني سنين وجاءت منه بأولاد ثم قدم الأول لحق به جميع أولادها دون الثاني؟ والأول منكر لم يطأ، والثاني مقر قد وطيء.

ومنها قوله في رجل بالمشرق تزوج امرأة بالمغرب ثم ولدت لستة أشهر من عقده أن الولد لاحق به وإن كان لو أراد المسير إليها لم يصل إلا في سنين، واستدل لصحة ذلك مع استحالته بقول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» قال: والفراش هو الزوج، وقال ذلك ابن الأعرابي، وأبو عمر الزاهد وأنشد قول الشاعر.

باتت تعانقني وبات فراشها خلف العباءة بالدماء غريقا[(١)]

يعني بقوله بات فراشها أي زوجها، قال: فجعل الولد للزوج من غير إمكان الوطء، فاقتضى أن يكون له على عموم الأحوال، قالوا: ولأن إمكان الفعل لا يقوم مقام الفعل لأن إمكان الزنا لا يقوم مقام الزنا وإمكان القتل لا يقوم مقام القتل، كذلك

(١) البيت لجرير انظر شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ٤١٤).

إمكان الوطء لا يقوم مقام الوطء فبطل أن يكون معتبراً ولم يبق الاعتبار العقد فوجب أن يكون الولد معتبراً به.

قالوا: ولأن فرج الزوجة محل لماء الزوج ومستحقاً له فوجب أن يكون أحق بما ينبت فيه كالأرض التي يستحق مالكها ما ثبت فيها، قالوا: ولأنه يملك ماء زوجته كما يملك ماء أمته، ثم ثبت أن ماء الأمة لو انعقد ولداً كان للسيد فوجب إذا انعقد ماء الزوجة ولداً أن يكون للزوج.

ودليلنا: هو أن كل ما استحال أن يكون منه امتنع أن يكون لاحقاً به كزوجة الصغير، وكالمولود لأقل من ستة أشهر، فإن قيل فالصغير من الأزواج لا يسمى فراشاً والمولود لأقل من ستة أشهر حادث في غير ملكه، فلذلك انتفى الولد عنهما وخالفهما ما عداهما، قيل أما الصغير فإن كان الفراش اسماً للزوج فهو زوج فوجب أن يكون فراشاً وإن امتنع من تسميته فراشاً لاستحالته أن يكون الولد منه فمثل استحالته موجود في ولد المغربية من المشرقي، وأما المولود لأقل من ستة أشهر فإن انتفى عنه لاستحالة وجود مائه في ملكه فكذلك ولد المغربية وإن كان لوجود الماء في غير ملكه بطل طرده بالصبي لوجود الماء في ملكه ولا يلحق به، وبطل عكسة بالوطء لشبهة أو في نكاح فاسد يلحق به، وإن كان في غير ملكه.

وإذا بطل طرده وعكسه لم يبق إلا أن يكون لاستحالة وجوده من مائه، كذلك في هذه المسائل المستحيلة، ولأن استحالة الاستلحاق يمنع من ثبوت النسب كالشاب إذا ادعى شيخاً ولداً ولأنه لما انتف عنه ولد الملاعنة تغليباً لصدقه، وإن جاز أن يكون كاذباً فلأن ينتفي عنه الولد في هذه الأحوال مع استحالة كذبه والقطع بصدقه أولى.

فأما الجواب عن قولهم إن الفراش اسم للزوج، فهو أن الفراش بالزوجة أخص، لأن الفراش مشتق من الافتراش فكانت الزوجة أشبه بهذه الصفة من الزوج ألا ترى أن عبد بن زمعة قال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه.

فأقر على ذلك ولم ينكر عليه، وما قال الشاعر فإنه مجاز واتساع وأما الجواب عن قولهم أن إمكان الفعل لا يقوم مقام الفعل فهو أن إمكان الفعل وإن لم يقم مقام الفعل فهو معتبر عندنا وعندهم، لأننا اعتبرنا إمكان الوطء واعتبروا زوجاً أمكن أن يكون منه الوطء فكان اعتبارنا أولى من وجهين:

أحدهما: أنه أعم من اعتبارهم.

والثاني: أن لحوق الولد في اعتبارنا ممكن وفي اعتبارهم مستحيل.

فأما الجواب عن قولهم أن فرج المرأة ملك للزوج كالأرض فمن وجهين:

أحدهما: أنه ليس بملك له، وإنما يستبيح الاستمتاع به، لأنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها دونه.

والثاني: أن مالك الأرض لا يملك ما زرعه غيره فيها فكذلك حكم الفروج، وأما الجواب عن قولهم أنه لما ملك ما انعقد من ماء أمته مالك ما انعقد من ماء زوجته، فهو أنهم إن انقادوا إلى هذا الاستدلال كان عليهم لا لهم؛ لأن الاختلاف في ثبوت النسب لا في ملك الرقبة، وولد الأمة لا يلحق به فكذلك يقتضي أن يكون ولد الحرة، وإنما يملك ولد الأمة استرقاقاً ينتفي عن ولد الحرة، فافترقا في ملك الولد، وانفقا في نفي النسب والله أعلم بالصواب آخر كتاب اللعان.

كِتَابُ العِدَدِ

عِدَّةُ المَدْخُولِ بِهَا

مِنَ الجَامِعِ مِنْ كِتَابِ العِدَدِ وَمِنْ كِتَابِ الرَّجْعَةِ وَالرِّسَالَةِ

قال الماوردي: العدة بالكسر مصدر الإحصاء للعدد قال الله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] والعُدة: بالضم الشيء المستعد لشيء قال الله تعالى: ﴿أَعِدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾ [التوبة: ٤٦] والعَدُّ بالفتح الجملة المعدودة، قالت عائشة رضي الله عنها إن شاء مواليك عددت لهم ثمنك عدة واحدة.

وعدة النساء تربصهن عن الأزواج بعد فرقة أزواجهن.

وروى أبي بن كعب أن أول ما نزل من العدد في سورة البقرة قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُروءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فارتاب ناس بالمدينة في عدة الصغار والمؤيسات وذوات الحمل فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك فأنزل الله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فزالت الاسترابة عنهم وعلموا كل العدد، ونزلت عدة الوفاة مخالفة لعدة الطلاق في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] فصارت العدد على ثلاثة أضرب وضعت تعبداً واستبراء:

أحدها: وهو أقواهما الحمل والاستبراء فيه أقوى من التعبد.

والثاني: وهو أوسطها: الأقراء ويستوفي فيه التعبد والاستبراء.

والثالث: وهو أضعفهما الشهور فإن كانت بمدخول بها ممن يجوز حبلها كانت تعبداً واستبراء وإن كانت في غير مدخول بها من وفاة كانت تعبداً محضاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالمُطَلَّقَاتِ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ﴾ قَالَ وَالأَقْرَاءُ عِنْدَهُ الأَطْهَارُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِدَلاَلَتَيْنِ أولاَهُمَا: الكِتَابُ الَّذِي دَلَّتْ عَلَيْهِ السُّنَّةُ وَالأُخْرَى اللِّسَانُ (قال) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿إِذَا طَلَّقْتُم النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ فِي غَيْرِ حَدِيثٍ لَمَّا طَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ «يَرْتَجِعُهَا فَإِذَا طَهُرَتْ فَلْيُطَلِّقْ أَوْ لِيُمْسِكْ» وَقَالَ ﷺ «إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ أَوْ فِي قَبْل عِدَّتِهِنَّ» الشَّافِعِيُّ شَكَّ فَأَخْبَرَ ﷺ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى أَنَّ العِدَّةَ الأَطْهَارُ

دُونَ الْحَيْضِ وَقَرَأَ «فَطَلِّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ» وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَاهِراً لأَنَّهَا حِينَئِذٍ تَسْتَقْبِلُ عِدَّتَهَا، وَلَوْ طُلِّقَتْ حَائِضاً لَمْ تَكُنْ مُسْتَقْبِلَةً عِدَّتَهَا إِلاَّ مِن بَعْدِ الحَيْضِ وَالقُرْءُ اسْمٌ وُضِعَ لِمَعْنًى فَلَمَّا كَانَ الحَيْضُ دَماً يُرْخِيهِ الرَّحِمُ فَيَخْرُجُ وَالطُّهْرُ دَماً يَحْتَبِسُ فَلاَ يَخْرُجُ كَانَ مَعْرُوفاً مِنْ لِسَانِ العَرَبِ أَنَّ القُرْءَ الحَبْس تَقُولُ العَرَبُ هُوَ يُقْرِي المَاءَ فِي حَوْضِهِ وَفِي سِقَائِهِ وَتَقُولُ هُوَ يُقْرِي الطَّعَامَ فِي شِدْقِهِ وَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «هَلْ تَدْرُونَ مَا الأَقْرَاءُ الأَقْرَاءُ الأَطْهَارُ» وَقَالَتْ «إِذَا طَعَنَتَ المُطَلَّقَةُ فِي الدَّمِ مِنَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ وَالنِّسَاءُ بِهَذَا أَعْلَمُ» وَقَالَ زيد بْنُ ثَابِتٍ وَابْنُ عُمَر إِذَا دَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ وَبَرِيءَ مِنْهَا وَلاَ تَرِثُهُ وَلاَ يَرِثُهَا (قال الشافعي) والأقراء وَالأَطْهَارُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَلاَ يُمكِنُ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَاهِراً إِلاَّ وَقَدْ مَضَى بَعْضُ الطُّهْرِ وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿الحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾ وَكَانَ شَوَّالٌ وَذُو القِعْدَةِ كَامِلِينِ وَبَعْضُ ذِي الحُجَّةِ كَذَلِكَ الأَقْرَاءُ طُهْرَانِ كَامِلاَنِ وَبَعْضُ طُهْرٍ.

قال الماوردي: اختلف أهل اللغة فيما ينطلق عليه اسم القرء على أربعة أقاويل.

أحدها: ينطلق على الحيض حقيقة[1]، ويستعمل في الطُّهْرِ مجازاً؛ لأنه لا تسمى المرأة من ذوات الأقراء إلا إذا حاضت واستشهاداً بقول الراجز:

يَا رُبَّ ذِي ضِغْنٍ عَلَيَّ فَارِضِ ... لَهُ قُرُوءٌ كقُرُوءِ الْحَائِضِ[2]

يعني أن نفوذ حقده كنفوذ دم الحيض.

والقول الثاني: أنه اسم ينطلق على الطهر حقيقة، ويستعمل في الحيض مجازاً لما ذكره الشافعي من أن القرء الجشم واستشهاداً بقول الشاعر:

أَفِي كُلِّ عَامٍ أَنْتَ جَاشِمُ غَزْوَةٍ ... تَشُدُّ لأَقْصَاهَا عَزِيمَ عَزَائِكَا
مُوَرِّثَةٍ مَالاً وَفِي الحَيِّ رَفْعَةً ... لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نِسَائِكَا[3]

والقول الثالث: وهو قول أكثرهم أنه اسم مشترك ينطلق على الطهر حقيقة وعلى الحيض حقيقة كالاسماء المشتركة التي تقع على متضادين متعاقبين كالصريم: اسم الليل والنهار والناهل: اسم للعطشان والريان، والمسحور: اسم للفارغ والملان، والحور اسم لجميع الألوان، والشفق اسم للحمرة والبياض، والدلوك: اسم للزوال والغروب.

---

(١) انظر النكت والعيون (١/ ٢٩١).

(٢) البيت في مجالس ثعلب (١/ ٣٠١) والطبري (٢/ ١٩٠) وجمع البيان١/ ١٣١) وابن عطية (١/ ١٣١٣) البحر المحيط (١/ ٢٤٨) الأضداد (٢٨) واللسان [فرض].

(٣) البيتان للأعشى انظر الديوان (٩١) المحتسب (١/ ١٨٣) شواهد الكشاف (٤/ ٤٧٠) الهمع (٢/ ١٤١) والطبري (٤/ ٥١٢) والدرر (٢/ ١٩) مجاز القرآن لأبي عبيدة (١/ ٧٤).

والقول الرابع: إنه اسم ينطلق على الانتقال من معتاد إلى معتاد فيتناول الانتقال من الحيض إلى الطهر، والانتقال من الطهر إلى الحيض، كما يقال: أقرأ النجم إذا طلع وأقرأ إذا غاب قال الشاعر:

إذا مــــا الثُّـــــرَيَّــــا وقـــــد أَقْـــــرَأَتْ   أَحَـــسَّ السِّمَـــا كَـــان مِنْهَـــا أُفُـــولاَ[1]

ويقال قرأت إذا انتقلت من شمال إلى جنوب أو من جنوب إلى شمال، قال الشاعر:

كَـــرِهْـــتُ العَقْـــرَ عَقْـــرَ بَنِـــي شُلَيْـــلٍ   إِذَا هَبَّـــتْ لِقَـــارِئِهَـــا الـــرِّيَـــاحُ[2]

وأما الفقهاء فقد اتفقوا على أن أقراء العدة أحد الأمرين من الحيض أو الطهر وإنما اختلفوا في مراد الله تعالى منها، فقال أبو حنيفة: المراد بالأقراء الحيض دون الطهر، وبه قال من الصحابة: عمر وعلي وابن مسعود وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم وحكاه الشعبي عن ثلاثة عشر من الصحابة، ومن التابعين: الحسن البصري والشعبي.

ومن الفقهاء: الأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، وأهل العراقَيْنِ البَصْرة والكوفة.

وقال الشعبي: الأقراء الأطهار: وبه قال من الصحابة: زيد بن ثابت وابن عمر، وعائشة والقاسم بن محمد، ومن الفقهاء؛ الزهري وابن أبي ذؤيب، ومالك وربيعة وأبو ثور، وحكى الزهري عن أبي بكر بن عمر وابن حزم: أنه قال: ما أجد أحداً من أهل المدينة في الأقراء خلافاً لما قالته عائشة رضي الله تعالى عنها.

وقال أحمد بن حنبل: أنا أعلم فيها بقول زيد بن ثابت، ثم قال: أنا لا أحسن أن أفتي فيها بشيء فتوقف.

وتأثير هذا الاختلاف في حكم المعتدة أن من جعل الأقراء الأطهار قال: إن طلقت في طهر كان الباقي منه، وإن قلّ قرءاً فإذا حاضت وطهرت الطهر الثاني كان قرءاً ثانياً فإذا حاضت وطهرت الطهر الثالث حتى برز دم الحيضة الثالثة كان قُرءاً ثالثاً، وقد انقضت عدتها.

وإن طلقت في الحيض فإذا بَرَز دم الحيضة الرابعة انقضت عدتها.

ومن قال الأقراء الحيض قال إن طلقت في طهر أو حيض لم تعد بما طلقت فيه

---

(١) البيت من شواهد الطبري (٤/ ٥١١) والنكت والعيون (١/ ٢٩١).

(٢) البيت في ديوان الهذليين (٣/ ٨٣) والطبري (٤/ ٥١١) اللسان م قرأ والنكت والعيون١/ ٢٩٢) الأضداد (٢٨).

من الطهر والحيض وتنقضي عدتها بدخولها في الطهر الرابع، واستدل من جعل الأقراء الحيض بقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فاقتضت الآية استيفاء ثلاثة أقراء، ومن جعلها الأطهار، لم يستوفهاإذا طلقت في طهر وجعل عدتها منقضية بقرأين وبعض ثالث، ومن جعل الحيض استوفاها كاملة فصار بالأطهار أخص لأنه لما تنقض الأقراء الثلاثة كما لم تنقض الشهور الثلاثة.

ثم قال عقيبه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] يعني ما تنقضي به العدة من حمل وحيض فدلّ على أن الأقراء المعتد بها هي الحيض وقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] ولم يقل في عدتهن، والطلاق لها غير الطلاق فيها، ومن جعل الأقراء الأطهار قد جعل الطلاق في العدة إذا طلقت في طهر، ومن جعلها الحيض استقبل بها العدة فكان بالظاهر أحق، وبقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] فنقلها عما يئست منه إلى بدله، والبدل غير المبدل فلما كان الإياس من الحيض دلّ على أن الأقراء هي الحيض، واستدلوا من السنة برواية مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان» وهذا نص في الاعتداد بالحيض دون الطهر، ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش: «اقعدي عن الصلاة أيام أقرائك»[1] يعني: أيام حيضتك فكان ذلك أيضاً قضاء على الحيض في الأقراء، واستدلوا من الاعتبار بأن الإجماع منعقد على أن انقضاء العدة يكون بالحيض؛ لأن من يجعلها الأطهار جعل عدتها متقضية بدخولها في الحيض، ومن جعلها الحيض جعل عدتها متقضية بخروجها من الحيض، فقاسوا الطرف الأول على الطرف الثاني فقالوا: أحد طرفي العدة فوجب أن يكون حيضها الثاني.

قالوا: ولأن العدة إذا انقضت بخروج كامل وقت انقضائها على انفصال جميعها كالحمل لا ينقضي بخروج بعضه كذلك بالحيض الأخير لا ينقضي العدة بخروج بعضه حتى يستكمل.

قالوا: ولأن مقصود العدة يراد براءة الرحم عن الحمل، وذلك يكون بالحيض دون الطهر فكان اعتبار الأقراء بما يرى أولى من اعتبارها بما لا يرى ولأن موضوع العدة الاستبراء في الحرة والأمة ثم ثبت أن استبراء الأمة بالحيض دون الطهر، فكذلك الحرة؛ لأن الاعتداد بالأقراء عند فَقْدِ الحمل فكانت بدلاً منه ثم ثبت أن الاعتداد

---

(١) اخرجه النسائي (١/ ٤٤) وأبو داود (٢٨٠) وابن ماجه (٦٢٠) والبيهقي (١/ ٣٣١) وأحمد (٦/ ٤٢٠).

للحامل بخروج ما في البطن فاعتداد ذات الأقراء يجب أن يكون بخروج ما في البطن وهو الحيض دون الطهر.

فصل: ودليلنا الكتاب والسنة والاعتبار.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ومنه دليلان.

أحدهما: ما أوجبه من التربص بالأقراء عقيب الطلاق المُباح، وهو الطلاق في الطهر فاقتضى أن تصير معتدة بالطُهر ليتصل اعتدادها بمباح طلاقها ومن اعتد بالحيض لم يصل العدة بالطلاق سواء كان مباحاً في طهر أو محظوراً في حيض فكان قولنا بالظّاهر أحق.

والثاني: أن الله تعالى قال: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ فأثبت التّاءَ في العدد وإثباتها يكون في معدود مذكر، فإن أريد مؤنثاً حذفت كما يقال: ثلاثة رجال، وثلاث نسوة والطهر مذكر والحيض مؤنث فوجب أن يكون جمع المذكر متناولاً للطهر المذكر دون الحيض المؤنث .

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] ومنه دليلان.

أحدهما: أن قوله ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي لوقت عدتهن ثم كان هذا الطلاق مأموراً به في الطهر فوجب أن يكون الطهر هو العدة دون الحيض.

فإن قيل: إنما جعل الطهر عدة الطلاق دون الاحتساب فعنه جوابان.

أحدهما: أن دخول لام الإضافة يقتضي أن تكون العدة لها لا عليها، وعدة الاحتساب الذي هو لها أولى من حمله على عدة الطلاق الذي هو عليها مع قوله عز وجل ﴿وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] والإحصاء لعدة الاحتساب دون الطلاق.

والثاني: أنه محمول على الأمرين من عدة الطلاق والاحتساب معاً فيكون أولى من حمله على أحدهم.

والدليل الثاني: من الآية أن قوله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾ يقتضي استقبال العدة واتصالها بالطلاق لأمرين.

أحدهما: أن النبي ﷺ قرأ فطلقوهن لقبل عدتهن[1] وقبل الشيء ما اتصل بأوله فكان القبل والاستقبال سواء.

والثاني: أن دخول اللام على الشرط يقتضي اتصاله بالمشروط كما يقول القائل

---

(١) أخرجه مالك (٥٨٧/٢) عن ابن عمر مرفوعاً ونسبه السيوطي في «الدر المنثور» (١٩٠/٨) إلى ابن الأنبارى عن ابن عمر موقوفاً.

اطعم زيدا ليشبع واعط زيدا ليعمل، يقتضي التعقيب دون التاخير.

ومن جعل الأقراء الأطهار اعتد ببقية الطهر الذي وقع فيه هذا الطلاق المأمور به فوصل به العدة.

ومن جعلها الحيض لم يعتد ببقيته ففصل بينه وبين العدة.

فإن قيل: فنحن يمكننا أن نصل العدة بهذا الطلاق إذا كان في آخر الطهر لاتصال الحيض به وهو معتد به عندنا وغير معتد به عندكم فساويناكم في هذا الظاهر حيث وصلنا بينهما في هذا الوضع دونكم ووصلتم بينهما في ذلك الموضع دوننا.

قيل: قد اختلف أصحابنا في الاعتداد بزمان الطلاق إذا كان آخر أجزاء الطهر على وجهين حكاهما ابن سري.

أحدهما: يعتد به قرءاً، ويكون العدة والطلاق معاً كما لو قال: أعتق عبدك عني بألف فأعتقه، كان وقت عتقه وقتاً للتمليك والعتق جميعاً، فعلى هذا لم يسلم لهم التساوي في الظاهر، لأننا نساويهم في الموضع الذي استعملناه.

والوجه الثاني: وحكاه عن الشافعي نَصاً في الجامع الكبير أنه لا يقع الاعتداد بزمان الطلاق حتى يتعقبه زمان العدة ليتميزا فتكون العدة بعد الطلاق ولو وقع الاعتداد بزمان الطلاق لصارت العدة متقدمة على الطلاق، وهذا مستحيل فعلى هذا هم يستعملون الظاهر في نادر غير معتاد ونحن نستعمله في غالب معتاد، فكان حمل الظاهر على استعمال معتاد أولى من حمله على تكلف استعمال نادر.

وأما السنة: فما روي أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، فقال النبي ﷺ لعمر «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر إن شاء طلق وإن شاء أمسك»[1] فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء. فجعل الطهر زمان العدة والطلاق، فدلّ على أن الأقراء الأطهار.

فإن قيل فقوله فتلك إشارة منه إلى مؤنث فلم يجز أن يعود إلى الطهر؛ لأنه مذكر وعاد إلى الحيض لأنه مؤنث.

قيل: لا يجوز أن يتوجه الإشارة إلى الحيض، لأن زمان الطلاق المأمور به الطهر دون الحيض وتكون إشارة التأنيث محمولة على العدة أو على حال الطهر والحال مؤنثة، وأما الاعتبار فقياس واستدلال واشتقاق.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٣) والترمذي (١١٧٦) والنسائي (٦/ ١٤١) وأحمد (٢/ ٢٦) والطبراني (١٢/ ٣٤٦) والدارقطني (٤/ ٦) وابن الجارود (٧٣٤) والبيهقي (٧/ ٣٢٣) والطيالسي (٣/ ١٨٥) والدارمي (٢/ ١٦٠) وابن أبي شيبة (٧/ ٧٥) والطحاوي (٢/ ٣١).

فأما القياس فقياسان.

أحدهما: ما أثبت الطهر.

والثاني: ما نفى الحيض. فأما ما أثبت الطُّهْر فقياسان.

أحدهما: أن وجوب العدة إذا تعقبه طهر أوجب الاعتداد بِذَلِك الطُّهر كالصغيرة والمؤيسة.

والثاني: أن العدة إذا اشتملت على خارج من الرحم كان الاعتداد بحال كمونه دون ظهوره كالحمل.

وأما ما نفى الحيض فقياسان.

أحدهما: أن وجوب العدة إذا تعقبه حيض لم يقع الاعتداد به كالمطلقة في الحيض.

والثاني: أنه دم لا يقع الاعتداد ببعضه فوجب أن لا يعتد بجميعه كدم النفاس وأما الاشتقاق فهو أن القرء من قرأ يقرى أي جميع ومنه قولهم قرا الطعام في فمه، وقرا الماء في جوفه، ولذلك سمي مقراة لاجتماع الماء فيه كما قال امرؤ القيس:

فَتُوضِحَ فَالمِقْرَاةِ لَمْ يَعْفُ رَسْمُهَا .... [1]

ومن ذلك سميت القرية قرية لاجتماع الناس فيها، وسمي القرآن قراناً لاجتماعه قال الله: ﴿فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ﴾ [القيامة: ١٨] يعني إذا جمعناه فاتبع اجتماعه وقيل: ما قرأت الناقة ساقط أي ما ضمت رحماً على ولد، قال الشاعر في صفة ناقة له.

تُرِيكَ إِذَا دَخَلْتَ عَلَى خَلَاءٍ ... وَقَدْ أَمِنَتْ عُيُونَ الكَاشِحِينَا
ذِرَاعَيْ عَيْطَلٍ أَدْمَاءَ بِكْرٍ ... هِجَانِ اللَّوْنِ لَمْ تَقْرَأْ جَنِينَا[2]

أي لم يجمع بطنها ولداً وإذا كان القرء هو الجمع كان بالطهر أحق من الحيض، لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم والحيض خروج الدم من الرحم، وما وافق الاشتقاق كان أولى بالمراد مما خالفه.

وأما الاستدلال فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العدة من حقوق الزوج على الزوجة وزمان الطهر أخص بحقوقه من

---

(١) صدر بيت من معلقة امرىء القيس وعجزه:
.... لما نسجتها من جنوب وشمال

(٢) البيتان من معلقة عمرو بن كلثوم انظر شرح القصائد التسع (٦٢١) ولسان العرب [قرأ] النكت والعيون (١/ ٢٤، ٢٩١) وشرح المعلقات لابن الأنباري (٣٧٧).

زمان الحيض لاختصاصه بما يستحقه من الوطء ويملك إيقاعه من الطلاق المباح فكذلك العدة يجب أن تكون بالطهر أخص من الحيض.

ولك تحريره قياساً فنقول: حق الزوج إذا تفرد بأحد الزمانين كان بالطهر أخص منه بالحيض كالوطء والطلاق.

والاستدلال الثاني: أن العدة بالأقراء تجمع حيضاً وطهراً؛ لأنها عندنا ثلاثة أطهار تتخللها حيضتان وعندهم ثلاث حيض تتخللها طهران، وأكثرهما متبوع وأقلها تابع فكان الطهر بأن يكون متبوعاً أولى من أن يكون تابعاً لأمرين:

أحدهما: لطرء الحيض على الطهر في الصغر وارتفاعه من بقاء الطهر في الكبر.

والثاني: لغلبة الطُّهر بكثرته على الحيض لقلته.

والاستدلال الثالث: أن الطلاق إنما أبيح في الطهر وحظر في الحيض ليكون تسريحاً بإحسان يتعجل به انقضاء العدة وتخفف به أحكام الفرقة وانقضاء العدة بالطهر أعجل من انقضائها بالحيض لأمرين:

أحدهما: في الابتداء؛ لأنها تعتد عندنا بالطهر الذي طلقت فيه ولا تعتد عندهم بالحيض الذي طلقت فيه.

والثاني: في الانتهاء؛ لأنها تقضي عندنا بدخول الحيضة الأخيرة وتنقضي عندهم باستكمال الحيضة الأخيرة وما وافق مقصود الإباحة كان أولى بالمراد مما وافق مقصود الحظر.

فصل: وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[البقرة: ٢٢٨] يقتضي استكمالها والاعتداد بالأطهار مفض إلى الاقتصار على اثنين وبعض الثالث فمن ثلاثة أوجه:

احدها: ان القرء ما وقع الاعتداد به من قليل الزمان وكثيره، لانه لا فرق بين قليل الطهر وكثيره عندنا، ولا فرق بين قليل الحيض وكثيره عندهم فصار الطهر الذي طلقت فيه قرءاً كاملاً وإن كان زمانه قليلاً.

والجواب الثاني: أنه قد ينطلق اسم الثلاث على الاثنين وبعض الثالث كما قال: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] وهو شهران وبعض الثالث، وكقولهم لثلاث خلون وهو يومان وبعض الثالث كذلك في الأقراء.

والجواب الثالث: أن الطهر وإن أفضى إلى نقصان الثالث إذا طلقت فيه فالحيض مفض إلى الزيادة على الثالث إذا طلقت فيه فصار النقصان عندنا مساوياً للزيادة عندهم في مخالفة الظاهر ثم عندهم أسوأ حالاً من النقصان، لأن الزيادة عندهم نسخ.

وأما الجواب عن قوله: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] فمن وجهين:

أحدهما: أن قوله ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] كلام تام مختص بالعدة وقوله ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ استئناف خطاب مبتدأ وليس بتفسير؛ لما تقدم نهيت فيه عن كتم حملها أو حيضها فلم يكن فيه دليل.

والثاني: أنه وإن كان تفسيراً عائداً لما تقدم فلا دليل فيه من وجهين:

أحدهما: لا يحل لهن أن يكتمن الطهر والحيض جميعاً فاستويا.

والثاني: لا يحل لهن أن يكتمن الحيض؛ لأن به ينقض الطهر.

وأما الجواب عن قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ولم يقل فيها من وجهين:

أحدهما: أن الطلاق في الطهر المعتد به لا يكون طلاقاً في العدة؛ لأن العدة ما بعد زمان الطلاق.

والثاني: أنه ليس يمتنع أن يكون قوله ﴿لعدتهن﴾ أي في عدتهن كما قال: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة.

وأما الجواب عن قوله: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] وأن الانتقال إلى البدل مخالف للمبدل فهو أنه مخالف له؛ لأنها كانت تعتد بطهر مقدر بحيض فصارت بالإياس معتدة بطهر مقدر بالشهور.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان» فمن وجهين:

أحدهما: أنه ضعيف، وقال أبو داود: مداره على مظاهر بن أسلم وهو ضعيف.

والثاني: أنه يحمل على أن انقضاء عدتها يكون بحيضتين من غير أن يقع الاعتداد بالحيض، لأن العدة مقدرة بالحيض والطهر عندنا وعندهم وإن كان المراد بها أحدهما.

وأما الجواب عن قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش «اقعدي عن الصلاة أيام أقرائك» فمن وجهين:

أحدهما: أن هذه زيادة في الخبر ليست بثابتة.

والثاني: أن القُرْء قد ينطلق على الحيض إما حقيقة أو مجازاً إذا انضم إلى قرينه وإنما الخلاف فيه إذا أطلق.

وأما الجواب عن قياسهم على الطرف الثاني فهو أنه لايسلم لهم الطّرفان لأن

الطرف الاول لا تنقضي عدتها عندهم إلا بالدخول في الطهر والطرف الاول لا يعتد فيه بالحيض إذا طلقت فيه فبطل.

وأما الجواب عن قياسهم عَلَى الحمل فهو دليلنا؛ لأن عدة الحامل لزمان كمونه والخروج منها بطهوره فقياسه أن تكون عدة الحائض زمان كمونه، والخروج منها بظهوره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن في الحيض براءة الرحم من الحمل فهو أن انقضاء العدة تكون بالحيض وهو مبرىء، وإن كان الاعتداد بغيره كالولادة تنقضي بها العدة ويبرىء بها الرحم، وإن كان الاعتداد بما تقدمها.

وأما الجواب عن استدلالهم بالحيض في استبراء الأمة فمن وجهين:

أحدهما: إن استبرأها على قول بعض أصحابنا يكون بالطهر كالحرة فاستويا.

والثاني: أنه يكون بالحيض والحرة بالطهر والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن استبراء الأمة لثبوت الملك واستبراء الحرة لزوال الملك فكان اختلاف الموجبين دليلاً على اختلاف الحكمين.

والثاني: أن استبراء الأمة موضع لاستباحة وطئها فكان بالحيض ليتعقبه الطهر المبيح، و استبراء الحرة موضوع لاستباحة النكاح، وعقد النكاح يجوز في الحيض كما يجوز في الطهر فاختلفا لاختلاف المقصود بهما والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَيْسَ فِي الكِتَابِ وَلاَ فِي السُّنَّةِ لِلغُسْلِ بَعْدَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ مَعْنًى تَنْقَضِي بِهِ العِدَّةُ».

قال الماوردي: والذي أراد الشافعي بهذا الفصل الرد على أبي حنيفة والعراقيين في مخالفة الظاهر في الثلاثة الأقراء التي أمر الله تعالى بها، ويناقض أقاويلهم فيها؛ لأن الكتاب والسنة قد دلا على وجوب ثلاثة أقراء من غير زيادة، وزاد عليها أبو حنيفة مع كون الزيادة عنده نسخاً، فقال: إذا استكملت الحيضة الثالثة التي تنقضي بها عنده العدة قال: اعتبر الحيضة الثالثة، فإن كانت عشرة أيام كاملة انقضت بها العدة إذا تعقبها الطهر سواء اغتسلت أو لم تغتسل، وإن كانت الحيضة الثالثة ناقصة لنقصانها عن عشرة أيام لم تنقض عدتها حتى تغتسل أو يمر عليها وقت الصلاة ويفوت وهي قبل ذلك في العدة وللزوج الرجعة، وكذلك يقول في استبراء الأمة بالحيضة إنها كالحرة في الاستبراء قبل الغسل فإن اغتسلت إلا مقدار كف مِنْ جسدها فكلا غسل، والعدة باقية وإن اغتسلت إلا مقدار إصبع فقد انقضت العدة، وبطلت الرجعة وحلّت للأزواج وإن لم تستبح الصلاة حتى يعم الغسل جسدها وإن تممت فهي في العدة حتى تدخل في

الصلاة، وإن اغتسلت بسؤر الحمار فهي في العدة حتى تتمم فتنقضي العدة وإن لم تدخل في الصلاة ولا يحل لها التصرف في نفسها حتى تدخل في الصلاة، وقال في الذمية تنقضي عدتها، وإن لم تغتسل ولم يمر عليها وقت الصلاة.

وهذه كلها أقاويل مختلفة ينقض بعضها بعضاً، وجميعها زيادة على النص المقدر، وقال شريك بن عبد الله لا تنقضي عدتها بعد انقضاء الحَيْضَة الثالثة إلا بالغسل وحده مع كمال الحيض استدلالاً بأن بقاء الغسل من بقايا أحكام الحيض فلم يجز أن يحكم بانقضائه مع بقاء حكمه، والدليل على فساد هذه المذاهب قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ففي الظاهر وجوب غيرها فصارت الزيادة عليه مخالفة الظاهر كالنقصان منها، وقال: ﴿وَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فاباحهن بعد انقضاء أجلهن التصرف في أنفسهن، ولم يشترط فيه غسلاً ولا صلاة؛ ولأنها عدة منعت من الأزواج فوجب أن ترتفع قبل الاغتسال كالحيض الكامل، ولأن ما انقضت العدة بكمال مدته انقضت بنقصان مدته كالحمل؛ ولأنه لما لم يكن الغسل مشروطاً في ابتدائها فأولى أن لا يكون مشروطاً في انتهائها لقوة الابتداء وضعف الانتهاء.

فأما الجواب عن قولهم أن بقاء الغسل من أحكام الحيض دليل على بقاء الحيض فمن وجهين:

أحدهما: فساد اعتبار بالحيض الكامل ومرور وقت الصلاة، فإن بقاء الغسل فيهما لا يوجب بقاء الصلاة.

والثاني: أن وجوب الغسل مستحق للصلاة ووطء الزوج، وليس واحد منهما مشروطاً في العدة فلم يكن ما يوجب لهما مستحقاً فيهما ثم يقال لهم شرطهم الغسل للعدة في بعض الحيض وهو و اجب في كل الحيض، وأوجبتموه على بعض المعتدات من المسلمات ولم توجبوه على الذميات وجميعهن في العدة سواء وفرقتم بين من اغتسلت إلا قدر الكف وبين من اغتسلت إلا قدر الإصبع وكلاهما يرفع الحدث ولا يبيح الصلاة، وأقمتم التيمم مقام الغسل في استباحة الصلاة ولم تقيموه مقامه في انقضاء العدة مع ارتفاع الحدث عندكم بالتيمم وأقمتم الغسل بسؤر الحمار مع التيمم مقام الغسل بماء القراح ومنعتموها من التصرف في نفسها مع انقضاء عدتها وإبطال رجعتها ولم تحكموا بذلك في غسلها فجعلتموها في حالة واحدة معتدة وغير معتدة وهذا مستحيل، ثم يقال لهم: هدمتم بذلك على أنفسكم أصلاً في أن الزيادة على النص نسخ وقد منعتم به من الشاهد واليمين، ومن النفي مع الجلد ولم تمنعوا من وجوب الغسل مع الأقراء.

فإن قالوا: رويناه عن الصحابة.

قيل: فقد نسختم على قولكم القرآن بقول الصحابة، وهو استواء للحال وحسبك بهذا التناقض فساداً، وبهذا الاعتذار تقصيراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا طَاهِراً قَبْلَ جِمَاعٍ أَوْ بَعْدَهُ ثُمَّ حَاضَتْ بَعْدَهُ بِطَرْفَةٍ فَذَلِكَ قُرْءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الطلاق في الطهر هو المأمور به وللباقي منه قروء معتد به سواء جامعها في ذلك الطهر أو لم يجامعها فيه.

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: إن جامعها فيه لم يعتد بباقيه؛ لأنه طلاق بدعة كالحيض.

وهذا فاسد؛ لأن الله تعالى أمرها أن تعتد بثلاثة أقراء فلو لم يحتسب بطهر الطلاق صارت أربعاً، ولأنه منع من الطلاق في الحيض لئلا تطول عدتها لفوات الاعتداد بحيضها وتركه الاعتداد بطهر الجماع أبعد لعدتها وأسوأ حالاً من الطلاق في حيضها، فإذا ثبت الاعتداد به كالطهر الذي لم يجامع فيه اشتملت فيه المسألة على فصلين:

أحدهما: في أول العدة.

والثاني: في آخرها.

فأما أول العدة فلا يخلو حال الطلاق من أن يكون في حيض أو طهر.

فإن كان في حيض فهو طلاق بدعة ولا يعتد ببقية الحيض عندنا وعند مخالفنا فإذا دخلت في الطهر المقبل فهو أول عدتها عندنا، ويكون اعتدادها بثلاثة أطهار كوامل، وإن كان الطلاق في طهر فهو طلاق سنة وله حالتان:

أحدهما: أن يبقي منه بعد وقوع الطلاق فيه زمان يقع الاعتداد به فيكون الباقي منه قرءاً وإن قل، وحدّه أبو حامد الإسفراييني بثلاثة أزمنة زمان للفظ الطلاق، وزمان لوقوعه، وزمان للاعتداد به، وهذا الذي اعتبره من زمان وقوع الطلاق بعد زمان التلفظ به ولا يتميز في التصور، لأنه واقع باستيفاء لفظه فلم يحتج بعده إلى زمان يختص به، وصار محدوداً بزمانين، زمان التلفظ بالطلاق وزمان الاعتداد.

والحال الثانية: أن يكون الطلاق في آخر الطهر حتى لم يبق منه شيء بعد التلفظ به إما بأن وقع ذلك اتفاقاً، وإما بأن قال لها: أنت طالق في آخر أجزاء طهرك فاستوعب وقوع الطلاق آخر الطهر فقد حكى أبو العباس بن سريج فيه وجهين ذكرناهما:

أحدهما: تعتد بذلك الطهر قرءاً ويكون زمان الطلاق زماناً لوقوعه وللعدة فعلى هذا يكون الطلاق طلاق سنّة.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي، أن زمان وقوع الطلاق لا يقع بعد الاعتداد فإن لم يبق بعده حرور الطهر اعتدت بما تستقبله من الطهر، فعلى هذا يكون طلاق بدعة؛ لأنه قد طول العدة عليها، ونحن على هذين الوجهين، إذا طلقها في آخر أجزاء حيضها.

فإن قيل بالوجه الأول: إن الطلاق في آخر الطهر طلاق سنة كان هذا طلاق بدعة.

وإن قيل: إن ذاك طلاق بدعة لما فيه من تطويل العدة كان هذا طلاق سنة لاتصاله بالعدة.

فصل: وأما آخر العدة فقد روى المزني والربيع أنها إذا رأت دم الحيض بعد الطهر الثالث انقضت عدتها برؤية الدم وروى البويطي وحرملة: أنه لا تنقضي عدتها حتى يمضي من دم الحيض يوم وليلة، فاختلف أصحابنا في اختلاف هذا النقل على وجهين:

أحدهما: أنه محمول على اختلاف قولين:

أحدهما: أن عدتها تنقضي برؤية الدم على ما رواه المزني والربيع؛ لأن تحديد عدتها ثلاثة أقراء يمنع من الزيادة عليها.

والقول الثاني: أن عدتها لا تنقضي إلا بمضي يوم وليلة من الحيضة الثالثة على ما رواه البويطي وحرملة ليعلم أنه حيض بيقين.

والوجه الثاني: أن اختلاف الرواية محمول على اختلاف حالين فرواية المزني والربيع أن عدتها تنقضي برؤية الدم إذا كانت معتادة ورأت الدم في وقت العادة؛ لأن الغالب منه أنه حيض؛ ورواية البويطي وحرملة أن العدة لا تنقضي إلا بمضي يوم وليلة إذا كانت مبتدأة أو معتادة ورأت الدم في غير أيام العادة؛ لأن الغالب من ابتدائه أنه ليس بحيض حتى تستديم يوماً وليلة فإذا تقرر ما وصفنا من اعتبار الدم في انقضاء العدة على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا فيه فقد اختلف أصحابنا في زمانه، هل يكون من العدة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه من العدة لاعتباره فيها، فعلى هذا يجوز رجعتها فيه ولا يجوز أن تتزوج فيه.

والوجه الثاني: أنه معتبر في انقضاء العدة وليس منها كغسل الرأس في تجاوزه إلى ما ليس من الوجه ليستوفي به جميع الوجه كالصائم يستزيد بإمساك جزئين من طرفي الليل ليستوفي به إمساك جميع النهار فعلى هذا لا يجوز رجعتها فيه ويجوز أن تتزوج فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَتَصَدَّقَ عَلَى ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ فِي أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ».

قال الماوردي: أما أقل الزَّمَان الذي يمكن أن تعتد فيه بثلاثة أقراء فمختلف فيه فمذهب الشافعي: أقله اثنان وثلاثون يوماً وساعتان، وبيانه أن يطلق من آخر الطهر فتكون الساعة الباقية منه قرءاً ثم يمضي أقل الحيض يوم وليلة، ثم أقل الطُّهر خمسة عشر يوماً، وهو القرء الثاني، ثم أقل الحيض يوم وليلة، ثم أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وهو القرء الثالث فإذا طعنت في أول ساعة من حيضتها الثالثة انقضت عدتها اعتباراً باليقين في أقل الطهرين، وذلك ثلاثون يوماً، وأقل حيضتين وذلك يومان وليلتان وساعة في الابتداء من طهر هي قرء، وساعة في الانتهاء من حيض يعلم بها انقضاء الطهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: أقل ما تنقضي به العدة تسعة وثلاثون يوماً وساعة واحدة اعتباراً بالأقل من ثلاث حيضات وطهرين؛ لأن أقل الحيض عندهما ثلاث أيام وبيانه أن يطلق في آخر الطهر المتصل بالحيض ثم يمضي ثلاث حيضات أقلها تسعة أيام يتخللها طهران أقلها ثلاثون يوماً، ثم تدخل في أول ساعة من طهرها فتنقضي عدتها.

وقال أبو حنيفة: أقل ما تنقضي به العدة ستون يوماً وساعة من طهرها اعتباراً بالأكثر من ثلاث حيضات، وذلك ثلاثون يوماً؛ لأن أكثره عشرة أيام عنده والأقل من طهرين، وذلك ثلاثون يوماً وساعة يدخل بها في الطهر الثالث فوافق في اعتبار أقل الطهر، وخالفنا وخالف صاحبه في اعتباره لأكثر الحيض، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما وجب اعتبار أقل الطهر وجب اعتبار أقل الحيض.

والثاني: أنه لما أوجب اعتبار اليقين وجب اعتبار الأقل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حال طلاقها من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أنه يعلم أنه في طهر.

والثاني: أنه يعلم أنه في حيض.

والثالث: أن لا يعلم واحداً منهما. فإن علم أنه في طهر رجع إلى قولها في انقضاء العدة، لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾

[البقرة: ٢٢٨]. يعني من حمل وحيض فوجه الوعيد النهي لقبول قولهن فيها ثم لا يخلو حال ما ادعته في انقضاء العدة من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون موافقاً لأقل ما يمكن، وذلك اثنان وثلاثون يوماً وساعتان فقولها فيه مقبول، فإن أكذبها الزوج أحلفها.

والقسم الثاني: أن تكون أزيد من أقل الممكن فأولى أن تقبل قولها فيه.

والقسم الثالث: أن يكون أقل من الممكن كادعائها انقضاء ثَلاثة أقراء في ثلاثين يوماً فقولها مردود لاستحالته ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنها إذا استكملت أقل الممكن وهو اثنان وثلاثون يوماً وساعتان انقضت عدتها، وإن لم تستأنف الدعوى لدخول ذلك في دعوى الأول.

والوجه الثاني: لا تنقضي العدة ما لم تستأنف الدعوى، لأن الأدلة مردودة بالاستحالة فإن استأنفت الدعوى في انقضاء العدة قبل قولها مع يمينها إن أكذبت نفسها وإلا فهي باقية في العدة وإن علم أنها طلقت في حيض فأقل ما تنقضي به عدتها سبعة وأربعون يوماً وساعة واحدة وبيانه أن يطلق في آخر ساعة من حيضها فتستقبل بعدها ثلاثة أطهار أقلهما خمسة وأربعون يوماً يتخللها حيضتان أقلها يومان وليلتان ثم تطعن في أول ساعة من الحيض فتقضي عدتها، فإن ادعت انقضاءها في هذا القدر أو أكثر منه قبل قولها، وإن ادعت انقضاءها في أقل منه لم يقبل، وكان على ما مضى من الوجهين وإن لم يعلم وقوع الطلاق قيل: كان في حيض أو طهر رجع إلى قولها فيه كما يرجع إلى قولها في الطلاق إذا علقه بحيضها أو طهرها، فإن ادعت وقوع الطلاق في حيضها فهو أغلظ أمريها فيقبل قولها فيه ولا يمين عليها للزوج أن أكذبها مَا لَمْ ترد به إسقاط نفقتها، وكان أقل ما تنقضي به عدتها ما ذكرناه من سبعة وأربعين يوماً وساعة، وإن ادعت وقوع الطلاق في الطُّهْر فَقَوْلُها فيه مقبول وللزوج إحلافها إن أكذبها لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهتها، ويكون أقل ما يقتضي به العدة ما ذكرناه من اثنين وثلاثين يوماً وساعتين.

فصل: وإذا كان عادة المطلقة أن تحيض خمسة أيام وتطهر عشرين يوماً فلا يخلو حالها إذا طلقت من أن تدعي انتقال العادة أو لا تدعيها، فإن لم تدعي انقضاء العادة نظر، فإن كان طلاقها في طهر فأقل ما تنقضي به عدتها خمسون يوماً وساعتان وبيانه أن تطلق في آخر طهرها فيكون قرءاً ثم طهرين أربعون يوماً وحيضتين عشرة أيام ثم ساعة من الحيضة الثالثة وإن طلقت في الحيض فأقل ما تنقضي به عدتها سبعون يوماً وساعة واحدة وذلك ثلاثة أطهار كوامل هي ستون يوماً يتخللها حيضتان هي عشرة أيام وساعة من الحيضة التي ينقضي بها الطهر الثالث فإن ادعت في أحد الطلاقين أقل

من هذا القدر لم يقبل منها إذا كانت باقية على عادتها فإن ادعت انتقال عادتها في الحيض إلى أقله يوم وليلة وفي الطهر إلى أقله خمسة عشر يوماً ففي قبول قولها وجهان:

أحدهما: يكون مقبولاً لإمكانه كما قيل في ابتدائه وهو قول أكثر أصحابنا.

والقول الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري إنه لا يقبل قولها في الانتقال عن العادة لأنها قد صارت أصلاً متيقناً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَقَلُّ مَا عَلِمْنَاهُ مِنَ الْحَيْضِ يَوْمٌ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا أَوْلَى لأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِي الْخَبَرِ وَالْعِلْمِ وَقَدْ يَحْتَمِلُ قَوْلُهُ يَوْماً بِلَيْلَةٍ فَيَكُونُ الْمُفَسَّرَ مِنْ قَوْلِهِ يَقْضِي عَلَى الْمُجْمَلِ وَهَكَذَا أَصْلُهُ فِي الْعِلْمِ».

قال الماوردي: وقد مضى في كتاب الحيض أقل الحيض وإعادته في هذا الموضع لما يتعلق به من العِدَّة بالأقراء فذكر في هذا الموضع أن أقله يوم، وقال في موضع آخر: أقله يوم وليلة فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين النصين على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على اختلاف قولين:

أحدهما: أقله يوم وليلة.

والثاني: أقله يوم وهذه طريقة فاسدة، لأن القولين فيما احتمله الاجتهاد من تعارض ظاهرين أو ترجيح قياسين وأقل الحيضتين مُعْتَبر بالوجود المعتاد فإن وجد الأقل بطل الأكثر، وإن لم يوجد بطل الأقل.

والوجه الثاني: لأصحابنا أن أقله يوم بغير ليلة، لأنه كان يرى أن أقله يوم وليلة إلى أن صحّ عنده ما قاله الأوزاعي أنه كان عندهم امرأة تحيض بالغَداة وتطهر بالعشي، وكتب إليه عبدالرحمن بن مهدي بمثل ذلك فصار إليه ورجع عن اليوم والليلة.

والوجه الثالث: وهو أصح الطرق الثلاثة أن أقله يوم وليلة وقوله في هذا الموضع «أقله يوم» يريد به ليلته، لأن العرب تذكر الأيام، وتريد بها مع الليالي ويذكر الليالي وتريد بها مع الأيام ويجمع بينها للتأكيد قال الله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠]. وأراد بأيامها وقال تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]. وأراد بلياليها، فأما المزني فإنه وافق على هذا، في أن أقل الحيض يوم وليلة وخالف في العلة قال: لأنه زيادة في الخبر والعلم، وهذا تعليل فاسد، لأن زيادة العلم وجود الأقل لا وجود الأكثر ولو كان هذا التعليل صحيحاً لكان ما قاله أبو حنيفة من تحديد أقله بالثلاث أصح، لأنه أزيد علماً وأحسب المزني لم يزد ما توهمه

أصحابنا من زيادة العلم بالوجود، وإنما أراد زيادة العلم بالنقل عن الشافعي، لأنه ممن لا يخيل عليه مثل هذا فينسب إليه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ عَلِمْنَا أَنَّ طُهْرَ امْرَأَةٍ أَقَلُّ مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ جَعَلْنَا الْقَوْلَ فِيهِ قَوْلَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن أقل الطهرين الحيضتين خمسة عشر يوماً اعتباراً بأقل الوجود المعتاد، لأن ما لم يتقدر بالشرع واللغة تقدر بالعرف والعادة كالقبض والتفرق، فلو وجدنا طهراً معتاداً كان أقل من خمسة عشر يوماً انتقلنا إليه وعمل عليه وذلك يكون بأحد وجهين:

إما أن يتكرر طهر المرأة الواحدة مراراً متوالية أقلها ثلاث مرار من غير مرض ولا عارض، فإن تفرق ولم يصر عادة.

وإما بأن يوجد مرة واحدة من جماعة نساء أقلهن ثلاث نسوة، وهل يراعى أن تكون ذلك في فصل واحد من عام واحد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يراعى وجود ذلك منهن في فصل واحد من عام واحد، فإن اتفق عليه في فصلين من عام واحد أو فصل واحد من عامين لم يصر عادة معتبرة ليكون اختلاف طباعهن مع اتفاق زمانهن شاهد على صحة العادة احتياطاً لها.

والوجه الثاني: أن ذلك غير معتبر، وإن اختلف في الفصول والأعوام جاز وصار عادة ليكون انفى للتواطؤ وأبعد من التهمة ولا يقبل ذلك إلا من نساء ثقات تجوز شهادتهن لما فيه من إثبات حكم شرعي، ولا يقبل خبر المعتدة معهن في حق نفسها لتوجه التهمة إليها وفي قبولها في حق غيرها وجهان:

أحدهما: لا يقبل لرده بالتهمة.

والثاني: لا تقبل، لانها ثقة فإذا انتقلنا في اقل الطهر عن الخمسة عشر إلى ما هو أقل في أحد الوجهين المذكورين واعدت المعتدة انقضاء عدتها بالطهر الأقل قُبل قولها فيما نقض عنها وإلى وقتنا من هذا الزمان لم يستمر طهر نقضي عنها فلا تقبل.فيه قول وإن لم ينتقل عن الخمسة عشر بأحد الوجهين لم يقبل قولها معتدة ـ واللَّهُ أَعْلَمُ ـ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ تَصَدَّقَ عَلَى الصِّدْقِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا ادعت انقضاء العدة بالسقط كان قولها مقبولاً إذا أمكن لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾

[البقرة: ٢٢٨]. وإمكانه أن يكون بعد ثمانين يوماً من وطئه، وإنما اعتبر بالثمانين، لأن أقل حمل ينقضي به العدة أن يكون مضغة مخلقة.

وقد روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: إن أحدكم ليخلق فى بطن أمه نطفة أربعين يوماً، ثم يكون علقة أربعين يوماً، ثم يكون مضغة أربعين يوماً[1]، فلا يقع الاعتداد بإسقاطه قبل الثمانين، وقُبل قولها بعدها، ولا يلزمها إحضار السقط لأنها لو أحضرته لم يعلم أنه منها إلا بقولها.

فأما إن كانت من ذوات الشهور فادَّعَتْ انقضاء عدتها، وأكذبها الزوج فالقول قوله دونها، لأن الشهور مقدرة بالشرع والحلف فيها إنما هو حلف في زمان الطلاق والقول قول الزوج في زمان طلاقه كما كان القول قوله في أصل الطلاق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ رَأَتِ الدَّمَ فِي الثَّالِثَةِ دَفْعَةً ثُمَّ ارْتَفَعَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ فَإِنْ كَانَ الْوَقْتُ الَّذِي رَأَتْ فِيهِ الدَّفْعَةَ فِي أَيَّامِ حَيْضِهَا وَرَأَتْ صُفْرَةً أَوْ كَدْرَةً أَوْ لَمْ تَرَ طُهْراً حَتَّى يَكْمُلَ يَوْماً وَلَيْلَةً فَهُوَ حَيْضٌ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ أَيَّامِ الْحَيْضِ فَكَذَلِكَ إِذَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ رُؤْيَتِها الدَّمَ وَالْحَيْضَ قَبْلَهُ قَدْرُ طُهْرٍ وَإِنْ رَأَتِ الدَّمَ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَمْ يَكُنْ حَيْضاً».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عدة المطلقة في الطهر تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة، والمطلقة في الحيض تنقضي عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة فوصف الشافعي حال الحيضة الأخيرة لتعلق انقضاء المدة بها، فإذا رأت دم الحيضة الثالثة بعد الطهر الثالث لم يخل حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون في أيام العادة، أو يكون في غيرها، فإن كان في أيام العادة فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتصل يوماً وليلة فيكون حيضاً سواء بلغ قدر عادتها من الحيض أو نقص عنها، لأن الحيض قد يزيد وينقص وسواء كان الدم أسود أو كان صفرة أو كدرة لأن الصفرة والكدرة في أيام العادة حيض بإجماع أصحابنا، وإذا كان كذلك انقضت عدتها بدخولها في هذا الحيض على ما قدمناه من شرح المذهب فيه.

والضرب الثاني: أن ينقطع لأقل من يوم وليلة فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتصل الطهر الذي بعده خمسة عشر يوماً فلا يكون ذلك الدم

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٣٥) ومسلم (القدر ـ ١) والترمذي (٢١٣٧) وأحمد (١/ ٣٨٢) والبيهقي (١/ ١٣٨) وابن أبي عاصم (١/ ٧٧).

الناقص عن اليوم والليلة حيضاً لنقصانه عن أقل الحيض ويكون دم فساد يجري عليه حكم الطهر في بقاء العدة، ويكون ما بعده من الطهر مضافاً إلى الطهر الأول وجميعهما طهر واحد ويكون ما بعده من الدم المستقبل هو الحيض الذي تنقضي به العدة إذا اتَّصَلَ يوماً وليلة.

والضرب الثاني: أن لا يتصل الطهر الذي يعده خمسة عشر يوماً حتى يرى الدم فيلفق بين الدَّمَيْن إذا كان بينهما أقل من خمسة عشر يوماً، فإن استكمل يوماً وليلة كان الأول حيضاً تنقضي به العدة، وإن لم تستكمل بالتلفيق يوماً وليلة فليس بحيض، وهي باقية في العدة.

فصل: وإن رَأَتِ الدم في غير أيام العادة فهو على ضربين:

أحدهما: أن تَرَاهُ قبل استكمال الطهر الأخير خمسة عشر يوماً فلا يكون حيضاً لوجوده قبل استكمال الطهر وسواءٌ اتصل يوماً وليلة أو انقطع لأقل منها، ويكون دم فساد وهي باقية في العدة.

والضرب الثاني: أن تراه بعد استكمال الطهر الأخير خمسة عشر يوماً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتصل الدم يوماً وليلة فينظر في صفة الدم فإن كان أسود فهو حتى ينقضي به العدة، وإن كان صفرة أو كدرة فمذهب الشافعي، وما عليه أكثر أصحابنا أن يكون حيضاً، لأنه قال: والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض فحمل أكثر أصحابنا على أيام الإمكـان.

وقـال أبـو سعيـد الإصطخري: لا يكـون الصفـرة والكـدرة فـي غيـر أيـام العـادة حيضاً، وحمل قول الشافعي: والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض على أيام العادة، لأنه إذا تجرد عن صفة الحيض وخرج عن زمانه كان قاصراً وقال أبو إسحاق المروزي ـ رحمه الله تعالى ـ وقد كنت أذهب إلى هذا حتى رأيت للشافعي نصاً يسوي في الصفرة والكدرة بين أيام العادة وغيرها، لأن عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ قالت كنا نعد الصفرة والكدرة في أيام الحيض حيضاً[1]، وإن كان هذا القول يتحمل الأمرين غير أن نص الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ يمنع من تأويل مذهبه على غير ما نص عليه ويصير ذلك مذهباً لقائله.

فصل: **والضَّرب الثاني:** أن ينقطع دمها لأقل من يوم وليلة فيعتبر ما بعده من الطهر فإن اتَّصل خمسة عشر يوماً فهذا الدم لنقصانه عن يوم وليلة دم فساد وما بعده من

(١) أخرجه البخاري (٥٠٧/١) رقم (٣٢٦) وأبو داود (٣٠٧).

الطهر متصلاً بالذي قبله وهي في عدتها حتى ترى دم الحيض بعد استكمال طهرها، وإن لم يتصل الطهر الذي بعد هذا الدم خمسة عشر يوماً حتى رأت دماً آخر روعي حال الدم الأول، وإن لم يتصل الطهر الذي بعده هذا الدم خمسة عشر يوماً حتى رأت دماً آخر روعي حال الدم الأول، فإن كان أسود لفق بينه وبين الدم الثاني، فإذا استكملا يوماً وليلة بالتلفيق صار الدم الأول مع الثاني حيضاً، وانقضت عدتها برؤية الدم الأول، فإن كان الأول صفرة أو كدرة فعلى قول أبي سعيد الإصطخري ليس بحيض لوجوده في غير أيام العادة، وتنقضي عدتها برؤية الدم الثاني إذا اتصل يوماً وليلة، وعلى قول سائر أصحابنا في الصفرة والكدرة أنها حيض في أيام العادة وغيرها يعتبرون حال الثاني، فإن كان الأول صفرة أو كدرة كان الأول مع الثاني حيضاً إذا تلفقا يوماً وليلة وانقضت عدتها برؤية الأول، وإن كان الثاني أسود ففي الأول من الصفرة والكدرة لهم وجهان:

أحدهما: ـ وهو قول أبي إسحاق المروزي ـ يكون حيضاً، ويسوي بين حكم الصفرة والكدرة في تقدمها على الدم وتأخرها عنه لوجودها في زمان الإمكان، ويجعل عدتها منقضية برؤية الصفرة والكدرة.

والوجه الثاني: ـ وهو قول أبي العباس بن سريج ـ أن الصفرة والكدرة إذا تقدمت على الدم لم يكن حيضاً، وإنما يكون حيضاً إذا تأخرت عنه، لأن الدم الأسود أقوى والصفرة أضعف وأول الحيض أقوى، وآخره أضعف، فإذا صادفت الصفرة بالتأخير زمان الضعف وافقه فكان حيضاً، فإذا صادف بالتقدم زمان القوة خالفه فلم يكن حيضاً، ويكون انقضاء عدتها بالدم الثاني دون الصفرة الأولى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: «وَلَوْ طَبَقَ عَلَيْها فَإِنْ كَانَ دَمُهَا يَنْفَصِلُ فَيَكُونُ فِي أَيَّامٍ أَحْمَرَ قَانِئاً مُحْتَدِماً كَثِيراً وَفِي أَيَّامٍ بَعْدَهُ رَقِيقاً إِلَى الصُّفْرَةِ فَحَيْضُهَا أَيَّامَ الْمُحْتَدِمِ الْكَثِيرِ وَطُهْرُهَا أَيَّامَ الرَّقِيقِ الْقَلِيلِ إِلَى الصُّفْرَةِ وَإِنْ كَانَ مُشْتَبِهاً كَانَ حَيْضُهَا بِقَدْرِ أَيَّامِ حَيْضِهَا فِيمَا مَضَى قَبْلَ الِاسْتِحَاضَةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا طبق فاتصل دم الحيض بدم الاستحاضة لم يخل حال المعتدة من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون لها تمييز وليس لها عادة، فهذه ترد إلى تمييزها لدمها فما كان منه محتدماً ثخيناً فهو حيض إذا بلغ يوماً وليلة ولم يزد على خمسة عشر يوماً، فإن طلقت فيه كان طلاق بدعة وإن رأته بعد الطهر الثالث انقضت به العدة، وما كان منه

أصفر رقيقاً فهو استحاضة تجري عليه في العدة حكم الطهر، فإن طلقت فيه كان طلاق سنّة واعتدت به قرءاً، وإذا رأته بعد الطهر الثالث لم تَنْقَضِ به العدة.

والقسم الثاني: أن يكون لها عادة وليس لها تميـيز، لأن دمها كاللون الواحد إما على صفة الحيض ثخين محتدم وإما على صفة الاستحاضة أصفر رقيق، فهذه ترد إلى عادتها فيما تقدم من حيضها فإن كانت عشرة أيام حيضت عشراً، وكان ما سواها طهراً، وإن طلقت في العشر كان طلاق بدعة ولم يعتد بها قرءاً وانقضت بدخولها في العشر الثالث العدة، وإن طلقت بعد العشر كان طلاق سنّة واعتدت به قرءاً، ولم ينقض به في العشر الثالث العدة.

والقسم الثالث: أن يجمع لها تميـيز وعادة فالجمع بينهما مع اختلاف حكمهما غير ممكن، وفيها وجهان:

أحدهما: ـ وهو ظاهر المذهب، وبه قال أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزي ـ يغلب حكم التميـيز على العادة، لأن التميـيز دلالة في الحيض المشكل، والعادة لا دلالة في غير المشكل فيكون حكم المميزة على ما مضى.

والوجه الثاني: ـ وهو قول أبي سعيد الإصطخري، وأبي علي بن خيران ـ يغلب حكم العادة على التميـيز لتكررها فيجري عليها حكم المعتادة على ما مضى.

والقسم الرابع: أن لا يكون لها تميـيز ولا عادة وهي إما مبتدأة أو ناسية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: «وَإِنْ ابْتَدَأَتْ مُسْتَحَاضَةً أَوْ نَسِيَتْ أَيَّامَ حَيْضِهَا تَرَكَتِ الصَّلَاةَ يَوْماً وَلَيْلَةً وَاسْتَقْبَلْنَا بِهَا الْحَيْضَ مِنْ أَوَّلِ هِلَالٍ يَأْتِي عَلَيْهَا بَعْدَ وُقُوعِ الطَّلَاقِ فَإِذا أَهَلَّ الهِلَالُ الرَّابِعُ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على القِسْم الرَّابع من أقسام الحيض التي لا تميـيز له ولا عادة وهي امرأتان مبتدأة، وناسية.

فأما المبتدأة إذا طبق عليها الدم ولم تميز ففي ما ترد إليه من قدر الحيض قولان:

أحدهما: يوماً وليلة، لأنه اليقين.

والثاني: ستة أيام أو سبعة أيام، لأنه أغلب، فأما العدة فلا يخلو حال طلاقها من أن يكون في الدم أو قبله، وإن كان في الدم فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في أول الشهر فتنقضي عدتها بثلاثة أشهر كاملة لأن الأغلب من عادة النساء أن يحضن في كل شهر حيضة فيكون كل شهرين من شهورها يجمع

حيضاً وطهراً، فإذا حاضت ثلاثة أشهر علم أنه قد مضى لها ثلاثة أطهار وثلاث حيض لتنقضي العدة، وإنما كان الأغلب معتبراً لأمرين:

أحدهما: أن الأغلب محصور.

والثاني: غير محصور.

والثاني: أن التأكيد يتقابل فيه الأقل والأكثر فغلب فيه حكم الأغلب، فإذا صح انقضاء عدتها باستكمال ثلاثة أشهر بعد طلاقها فقد حكى المزني ها هنا وفي جامعه الكبير «فإذا أهل الهلال الرابع فقد انقضت عدتها» وليس ذلك على قولين كما وهم بعض أصحابنا، وإنما المزني عد الهلال الذي طلقت فيه مع رؤيته لاتصاله بالعدة فجعل العدة منقضية إذا أهل الهلال الرابع، والربيع لم يعد الهلال الأول لوقوع الطلاق بعده فصار الهلال الذي انقضت به العدة ثالثاً.

والضرب الثاني: أن يطلق بعد أن مضى بعض الشهر، وبقي بعضه، فقد اختلف أصحابنا في الباقي من شهرها بعد الطلاق هل يعتد به قرءاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يعتد بباقيه لجواز أن يكون حيضاً حتى يستكمل بعده بالشهر فتصير عدتها منقضية بالهلال الرابع، وحملوا نقل المزني على هذا ونسبوا إليه قول هذا الوجه.

والوجه الثاني: ـ واختاره أبو علي بن أبي هريرة ـ أنها تعتد ببقية الشهر قرءاً، لأن اعتبار الأغلب في الشهر أنه يجمع حيضاً وطهراً يقتضي تغليب الحيض في أوله والطهر في آخره فيصير الطلاق الأخير طلاقاً في الطهر فاعتدت به قرءاً وتصير عدتها منقضية برؤية الهلال الثالث، وحملوا نقل الربيع على هذا ونسبوا إليه هذا الوجه.

وأما إذا طلقت المبتدأة في الطهر قبل رؤية الدم ثم رأت الدم في شهرها ففي اعتدادها بما مضى من طهرها قرءاً وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج يعتد به قرءاً لكونه طهراً فإنما استكمل شهرين بعده مع اتصال الدم انقضت عدتها مع انقضائها برؤية الهلال الثالث.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون قرءاً لأن القرء هو الطهر من الحيضتين يتقدمه أحدهما ويتعقبه الآخر فعلى هذا يعتد بثلاثة أشهر من بعد رؤية الدم ولا يحتسب بما بقي من الطهر وسواء كان الدم في أول شهر أو في تضاعيفه، لأن أول الدم هو الحيض يقيناً، فلذلك احتسب بأول شهور الإقراء من وقت رؤيته.

فصل: وما الناسية فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون ناسية لقدر حيضتها ذاكرة لوقته وهو أن تقول اعلم أن لي في كل شهر حيضة، إما ناسية لقدرها ففي ما ترد إليه من قدر الحيض قولان:

أحدهما: يوماً وليلة.

والقول الثاني: ستة أيام أو سبعة أيام، فإن طلقت في أول الشهر اعتدت بثلاثة أشهر كوامل، وكان طلاقها في أوله طلاق بدعة، وإن طلقت في تضاعيفه اعتدت بثلاثة أشهر كاملة، وكان طلاقها في أوله طلاق بدعة، فإن طلقت في تضاعيفه اعتدت بباقيه قرءاً وجهاً واحداً، لأنها قد تيقنت وجود حيضها في أوله فصار باقيه طهراً يقيناً فلذلك اعتدت به قرءاً، فإذا مضى بعده شهران انقضت عدتها برؤية الهلال الثالث.

والقسم الثاني: أن تكون ناسية لوقت حيضها ذاكرة لقدره، وهي أن تقول: اعلم أن حيضتي في كل شهر عشرة أيام، ونسيت وقتها من الشهر هل كانت في أوله أو وسطه أو آخره؟ فهذه ينظر في الباقي من شهرها بعد الطلاق، فإن كان أكثر من عشرة أيام احتسب ببقية الشهر قرءاً لوجود الطهر في بقيته، فإذا مضى عليها بعد بقية شهرها ورأت الهلال الثالث انقضت عدتها، وإن كان الباقي من شهرها بعد الطلاق عشرة أيام فما دون لم تعتد ببقية الشهر لجواز أن يكون حيضاً واستقبلت بعد انقضاء شهرها ثلاثة أشهر كاملة، فإذا أهل الهلال الرابع انقضت عدتها.

ولو قالت: اعلم أني أحيض في كل شهرين حيضة انقضت عدتها بستة أشهر. ولو قالت: أحيض في كل أربعة أشهر حيضة انقضت عدتها بتسعة أشهر ولو قالت: أحيض في كل أربعة أشهر حيضة انقضت عدتها ستة تجمع اثني عشر شهراً بالأهلة، ثم على قياس ما قدمناه من اعتدادها ببقية شهر الطلاق، وإن كان أكثر من قدر الحيض وإن كان مثله أو أقل لم تعتد ببقيته.

والقسم الثالث: أن تكون ناسية لقدر حيضتها ووقته فلا تعلم هل كان حيضها يوماً أو عشراً وهل كان في كل شهر، أو شهور، أو في كل سنة، أو سنتين؟ فهذه هي المتحيرة وحكمها في العبادات قد مضى.

فأما حكمها في العدة ففيه قولان:

أحدهما: أنها كالمبتدأة تحيض في كل شهر حيضة، لأن الشافعي جمع بينهما فعلى هذا تحيض في كل شهر وفيه قولان:

أحدهما: يوم وليلة فإن طلقت في شهر قد بقي منه أكثر من يوم وليلة اعتدت ببقيته قرءاً ثم شهرين، وإن كان الباقي منه يوماً وليلة فما دون لم يعتد ببقيته يجوز أن

يكون حيضاً، واستقبلت ثلاثة أشهر كاملة.

والقول الثاني: تحيض ستة أيام أو سبعة أيام، فإن طلقت في شهر قد بقي منه أكثر من ستة أو سبعة أيام اعتدت ببقيته قرءاً، وإن بقي منه هذا القدر فما دون لم تعتد ببقيته فهذا حكم قوله: أن يجعل لها في كل شهر حيضة.

والقول الثاني: أن أمرها مشكل وكل زمانها شك ولا يحكم لها في كل شهر بحيض لجواز أن يكون في أكثر منه فعلى هذا تنقضي عدتها بثلاثة أشهر كاملة من وقت طلاقها سواء كان في أول الشهر أو تضاعيفه، وإنما كان كذلك لقول الله تعالى: ﴿والَّلائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]. وهذه مرتابة فتكون عدتها ثلاثة أشهر غير أنها تكون شهور إقراء لا شهور إياس، وفي هذا الحكم على هذا القول دخلت لولا الضرورة الداعية إلى إمضائه والعمل به، ويكون الفرق بين القولين أنها تعتد على القول الأول تارة بأقل من ثلاثة أشهر، وتارة بأكثر منها، وتعتد على القول الثاني بثلاثة أشهر لا تزيد عليها ولا تنقص ـ والله أعلم ـ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ تَحِيضُ يَوْماً وَتَطْهُرُ يَوْماً وَنَحْوَ ذَلِكَ جُعِلَتْ عِدَّتُهَا تَنْقَضِي بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَذَلِكَ الْمَعْرُوفُ مِنْ أَمْرِ النِّسَاءِ أَنَّهُنَّ يَحِضْنَ فِي كُلِّ شَهْرٍ حَيْضَةً فَلَا أَجِدُ مَعْنًى أَوْلَى بِعِدَّتِهَا مِنَ الشُّهُورِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا رأت المرأة يوماً دماً ويوماً نقاء، واستدام ذلك بها ففيها قولان:

أحدهما: أنها مستحاضة في أيام الدم وأيام النقاء، ويكون حكمها كالتي طبق بها الدم واستمر على ما ذكرناه من القولين.

والقول الثاني: أنها تلفق أيام الدم بعضها إلى بعض، وأيام النقاء بعضها إلى بعض فتلفق لها من الشهر خمسة عشر يوماً دماً وهي أكثر الحيض، وخمسة عشر يوماً نقاء، وهي أقل الطهر فيجمع في كل شهر أكثر الحيض وأقل الطهر، فإن طلقت في أيام الدم كان طلاق بدعة، وإن طلقت في أيام النقاء كان طلاق سنّة، وهذا إن عدمت التمييز والعادة وتنقضي عدتها بثلاثة أشهر، لأن الأغلب من أحوال النساء أن تحيض في كل شهر حيضة فأجرى عليها حكم الأغلب من أحوالهن، ويكون اختلاف القولين في التلفيق مؤثراً في ثلاثة أشياء:

أحدها: أنها بالتلفيق، يكون لها حيض وطهر ولا تكون مستحاضة، وإذا لم تلفق كانت مستحاضة.

والثاني: أن قدر حيضها يكون مختلفاً فيكون حيضها بالتلفيق في كل شهر خمسة عشر يوماً فإذا لم تلفق ففي قدر ما ترد إليه من الحيض في كل شهر قولان:

أحدهما: يوم وليلة.

والقول الثاني: ستة أيام أو سبعة أيام فإن ردت إلى الستة أيام كان حيضها خمسة أيام، لأنها في السادس في طهر لم يتصل بدم الحيض، وإن ردت إلى سبعة أيام كان جميعها حيضاً.

والثالث: أن حيضها في التلفيق يكون متفرقاً وكذلك طهرها، وإن لم تلفق كان مجمعاً، وأما العدة فتقارب القولان فيهما وإن كان بينهما فرق تقدم ذكره ويكون انقضاؤها بثلاثة أشهر، وقد مضى من التلفيق في كتاب الحيض ما أغنى من إعادته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ تَبَاعَدَ حَيْضُهَا فَهِيَ مِنْ أَهْلِ الْحَيْضِ حَتَّى تَبْلُغَ السِّنَّ الَّتِي مَنْ بَلَغَهَا لَمْ تَحِضْ بَعْدَهَا مِنَ الْمُؤَيَّسَاتِ اللَّاتِي جَعَلَ اللَّهُ عِدَّتَهُنَّ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ فَاسْتَقْبَلَتْ ثَلاَثَة أَشْهُرٍ. وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَغَيْرِهِ مِثْلُ هَذَا وَهُوَ يُشْبِهُ ظَاهِرَ الْقُرْآنِ وَقَالَ عُثْمَانُ لِعَلِيٍّ وَزَيْدٍ فِي امْرَأَةِ حَبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ طَلَّقَهَا وَهُوَ صَحِيحٌ وَهِيَ تُرْضِعُ فَأَقَامَتْ تِسْعَةَ عَشَرَ شَهْراً لاَ تَحِيضُ ثُمَّ مَرِضَ: مَا تَرَيَانِ؟ قَالاَ نَرَى أَنَّهَا تَرِثُهُ إِنْ مَاتَ وَيَرِثُهَا إِنْ مَاتَتْ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْقَوَاعِدِ اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ وَلَيْسَتْ مِنَ الأَبْكَارِ اللَّاتِي لَمْ يَبْلُغْنَ الْمَحِيضَ ثُمَّ هِيَ عَلَى عِدَّةِ حَيْضِها مَا كَانَ مِنْ قَلِيل وَكَثِيرٍ فَرَجَعَ حِبَّانُ إِلَى أَهْلِهِ فَأَخَذَ ابْنَتَهُ فَلَمَّا فَقَدَتِ الرَّضَاعَ حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ تُوُفِّيَ حِبَّانُ قَبْلَ الثَّالِثَةِ فَاعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَوَرِثَتْهُ. وَقَالَ عَطَاءٌ كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى إِذَا يَئِسَتِ اعْتَدَّتْ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي قَوْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الَّتِي رَفَعَتْهَا حَيْضَتُهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ بَانَ بها حمل فَذَلِكَ وَإِلاَّ اعْتَدَّتْ بَعْدَ التِّسْعَةِ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ حَلَّتْ يَحْتَمِلُ قَوْلُهُ قَدْ بَلَغَتِ السِّنَّ الَّتِي مَنْ بَلَغَهَا مِنْ نِسَائِها يَئِسْنَ فَلاَ يَكُونُ مُخَالِفاً لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَذَلِكَ وَجْهٌ عِنْدَنَا».

قال الماوردي: اعلم أن للمعتدة إذا تأخر حيضها قبل وقت الإياس حالتين:

إحداهما: أن يكون بسبب معروف من مرض أو رضاع فتكون باقية في عدتها، وإن تطاولت مدتها حتى يعاودها الحيض فتعد بثلاثة أقراء روي أن حبان بن منقذ طلق امرأته وهي ترضع فأقامت تسعة عشر شهراً لا تحيض ثم مرض حبان فقال عثمان لعلي وزيد ـ رضي الله تعالى عنهم ـ ما تريان في امرأة حبان فقالا: نرى أنها ترثه ويرثها إن

ماتت، فإنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض وليست من الأبكار اللاتي لم يبلغن المحيض ثم هي على حيضها ما كان من قليل وكثير فرجع حبان إلى أهله وأخذ بنته فلما فصلت الرضاع حاضت حيضتين ثم توفي حبان قبل الثلاثة فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته.

والحالة الثانية: أن يكون تأخر حيضها بغير سبب يعرف ففيما تعتد به ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو قول عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ ومذهب مالك ـ رحمه الله ـ أنها تمكث تسعة أشهر تتربص بنفسها مدة غالب الحمل، فإذا انقضت تسعة أشهر وهي غير مستريبة اعتدت ثلاثة أشهر عدة الطلاق، وإن لم يحكم بإياسها لأن العدة موضوعة لاستبراء الرحم بالظاهر دون الإحاطة، وذلك موجود بمضي عدة المدة، وفي الزيادة عليها إدخال ضرر عليها فلم يكلف ما يضرها، فعلى هذا لو تأخرت حيضتها بعد أن يمضي لها قرء من الأقراء الثلاثة لم تعتد به من شهرها لأنه لا تبنى أحد العدتين على الأخرى واستأنفت بعد الحكم بتأخر حيضتها سنة منها تسعة أشهر ليست بعدة، وإنما هي للاستظهار بها في استبراء الرحم، وثلاثة أشهر بعدها هي العـدة.

والقول الثاني: أنها تمكث متربصة بنفسها مدة أكثر الحمل وهي أربع سنين، لأنه أحوط لها وللزوج في استبراء رحمها، فإذا انقضت أربع سنين استأنفت العدة ثلاثة أشهر، فإن حاضت قبل استكمال ثلاثة أشهر عاودت الأقراء وسقط حكم ما مضى، وإن تأخر بعد الحيضة استأنفت تربص أربع سنين ثم اعتدت ثلاثة أشهر، وكذلك حكمها إن عاودها من بعد.

فأما إن حاضت بعد انقضاء الشهور الثلاثة روعي حالها، فإن كان ذلك بعد أن تزوجت فقد انتهت عدة الأول وهي على نكاح الثاني وإن حاضت قبل أن تزوجت، ففيه وجهان:

أحدهما: تعاود الاعتداد بالأقراء لما يحذر من مخالفة الظاهر كما لو عاودها الحيض قبل انقضاء ثلاثة أشهر.

والوجه الثاني: أن عدتها قد انقضت للحكم بانقضائها كما لو تزوجت، وهذان القولان ذكرهما الشافعي في القديم.

والقول الثالث: نصّ عليه في الجديد، وهو الأصح.

وبه قال أبو حنيفة: إنها تمكث متربصة بنفسها مدة الإياس، لأن موضوع العدد على الاحتياط في استبراء الأرحام وحفظ الأنساب، فوجب الاستظهار لها لا عليها،

وليس لتطاولها بالبلوى من وجه في تغيير الحكم كامرأة المفقود، فعلى هذا فيما يعتبر من مدة إياسها؟ قولان:

أحدهما: يعتبر نساء عشيرتها في زمان إياسهن، فإذا انتهت إلى ذلك السن حكم بإياسها، فقد قيل: إنه لم تحض امرأة لخمسين سنة إلا أن تكون عربية، ولم تحض لستين سنة إلا أن تكون قرشية، وهو قول لم يتحقق، وحضرتني وأنا بجامع البصرة امرأة ذات خفر وخشوع، فقالت: قد عاودني الدم بعد الإياس فهل يكون حيضاً فقلت كيف عاودك قالت: أراه كل شهر كما يعتادني في زمان الشباب،فقلت: ومذ كم رأيتيه فقالت: مذ نحو من سنة قلت: كم سنك؟ قالت: سبعين سنة، قلت: من أي الناس أنت؟ قالت: من بني تميم، قلت: أين منزلك؟ قالت: في بني حصين، فأفتيتها أنه حيض يلزمها أحكامه.

والقول الثاني: يعتبر بإياسها أبعد زمان الإياس في نساء العالم كلهن كما يعتبر في أقل الحيض وأكثر الأقل، والأكثر من عادة نساء العالم من غير أن تحيض بأهلها وعشيرتها، فإذا حكم بإياسها على ما ذكرناه من القولين اعتدت حينئذ بثلاثة أشهر عدة المؤيسة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ مَاتَ صَبِيٌّ لاَ يُجَامِعُ مِثْلُهُ فَوَضَعَتِ امْرَأَتُهُ قَبْلَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ أَتَمَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً لأَنَّ الوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ فَإِنْ مَضَتْ قَبْلَ أَنْ تَضَعَ حَلَّتْ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ بَقِيَ لَهُ شَيْءٌ يَغِيبُ فِي الْفَرْجِ أَوْ لَمْ يَبْقَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا مات صبي لا يولد لمثله عن زوجة حامل لم تعتد منه بوضع واعتدت بأربعة أشهر وعشر سواء انقضت قبل وضع الحمل أو بعده.

وبه قال مالك، وأبو يوسف وقال أبو حنيفة: إن مات وهي حامل اعتدت بوضع الحمل سواء وضعته قبل أربعة أشهر وعشر أو بعدها، وإن حدث الحمل بعد موته اعتدت بأربعة أشهر سواء انقضت قبل وضع الحمل أو بعده استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. وبما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال أجل كُلِّ ذَاتِ حَمْلٍ أَنْ تَضع حملها[(١)] فكان عموم الكتاب والسنة يوجب انقضاء عدتها قال، ولأن كل من اعتدت زوجته عنه بالشهر جاز، وإن تعتد عنه بالحمل كالبالغ، ولأن كل حمل وقع الاعتداد به إذا كان لاحقاً بالزوج جاز أن يقع الاعتداد به، وإن انتفى عن الزوج كولد الملاعنة.

---

(١) رواه الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٥٦).

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]. فكان على عمومه ولأنه ولد لا يمكن أن يكون منه فلم يقع الاعتداد به كما لو ظهر بعد موته، ولأنه حمل لا تنقضي به العدة لو ظهر بعد وجوبها فوجب أن لا تنقضي به العدة إذا ظهر قبل وجوبها قياساً على زوجة الحي إذا وضعته بعد طلاقه لأقل من ستة أشهر من وقت عقده، ولأن هذه العدة موضوعة للتعبد لا لاستبراء الرحم فكانت مقصورة على ما ورد به التعبد من الشهور دون ما يقع به الاستبراء من الولادة.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. فمن وجهين:

أحدهما: أنها في المطلقة لاتصالها بالطلاق، وعدة الوفاة منصوص فيها على الشهور، وإنما اعتدت بالحمل إذا كان لاحقاً بالسنة في حديث سُبَيْعة الأسلمية.

والثاني: أنها محمولة على حمل يمكن أن يكون منه لإجماعنا أنه لو ظهر بها بعد موته لم تعتد به.

فإن قيل: فعدة المتوفى عنها بالشهور في سورة البقرة، وهي متقدمة وعدتها بالحمل في سورة الطلاق، وهي متأخرة والمتأخرة ناسخة للمتقدمة وبهذا احتج ابن مسعود على علي وابن عباس حين قالا: إن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً اعتدت بأقصى الأجلين.

وقال ابن مسعود: بل يوضع الحمل وإن كان أقصر، واحتج عليهم بآية الحمل لتأخرها، وقال: من شاء باهلته، إن السُّورة الصغرى نَزَلَتْ بعد الطولى يعني نزلت سورة الطلاق بعد سورة البقرة، فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أن علياً وابن عباس قد خالفا فلم يكن حجة.

والثاني: أنه ليس فيها نسخ فيقضي بالمتأخر على المتقدم، وإنما تخصُّ إحداهما بالأخرى والتخصيص قد يجوز أن يكون بمتقدم ومتأخر، وقد أجمعنا أن آية الحمل مخصوص بالشُّهور إذا كان ظاهر العقد موت الصبي فكذلك إذا ظهر قبل موته، لأنه في الحالين غير لاحق به.

وأما الجواب عن الخبر فكالجواب عن الآية.

وأما الجواب عن قياسهم على البالغ فالمعنى فيه إمكان لحوقه به فلذلك اعتدت بوضعه، وحمل الصبي لا يلحق به فلذلك لم تعتد بوضعه.

وأما الجواب عن قياسهم على ولد الملاعنة فهو جواز كونه منه، ويلحق به لو

اعترف به، وليس كذلك الحمل من الصبي لعلمنا قطعاً أنه ليس منه ولا يلحقه لو اعترف به.

فصل: فإذا ثبت أنها لا تعتد بوضع الحمل في وفاة الصبي فللحمل حالتان:

أحدهما: أنه لا يكون لاحقاً بوطء شبهة.

والثاني: أن يكون مِنْ زِنَا لا يلحق بأحد، فإن كان لاحقاً بوطء شبهة اعتدت بوضعه من واطىء الشبهة ولا تحتسب أشهر الحمل من عدة الوفاة، لأنه لا تتداخل عدتان من شخصين ثم تستأنف بعد الوضع عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر، وإن كان الحمل من زنا لا يلحق بأحد اعتدت بشهور حملها مِنْ عدة الوفاة لاستحقاقها في عدة واحدة، فإن انقضت شهورها قبل وضع الحمل حلت للأزواج، وإن بقيت بعد وضع الحمل استكملتها ثم حلت بعدها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: «وَكَانَ وَالْخَصِيُّ يُنْزِلَانِ لَحِقَهُمَا الْوَلَدُ وَاعْتَدَّتْ زَوْجَتَاهُمَا كَمَا تَعْتَدُّ زَوْجَةُ الْفَحْلِ».

قال الماوردي: اعلم أن مراد الشافعي بالخصي في أول كلامه المجبوب، لأنه قال من بعد: «وكان والخصي ينزلان» فعلم أن الأول غير خصي ومجبوب ومسموح.

فأما الخصي فهو المسلول الانثيين باقي الذكر، فهذا يصح منه الوطء لبقاء ذكره، ويلحق به الولد لأحداثه الماء من ظهره بقوة إيلاجه، ويكون كالفحل في لحوق الولد به ووجوب العدة منه، سواء وقعت الفرقة بموت أو طلاق.

فصل: فأما المَجبُوب فهو المقطوع الذكر باقي الأنثيين، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يبقى من ذكره بقدر حشفة الفحل فيصح منه الإيلاج والإنزال فيلحق به الولد وتجب منه العدة في فرقة الموت والطلاق، ولأن الفحل لو أولج من ذكره قدر الحشفة استقر به الدخول ووجبت به العدة ولحق به الولد.

والضرب الثاني: أن لا يبقى من ذكره قدر الحشفة إما باستئصال الذكر أو باستبقاء أقل من الحشفة فالحُكم فيهما سواء فيلحق به الولد لأنه قد ساحق فرج المرأة فينزل ماء يستدخله الفرج فتحبل منه، وكذلك قلنا إن حبل البكر باستدخال المني عند الإنزال وإذا كان كذلك وجبت منه عدة الوفاة، لأن الدخول لا يعتبر فيها فإن كانت حاملاً انقضت بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً فبأربعة أشهر وعشر.

فأما عدة الطلاق فلا تجب منه، لأن الدخول فيها معتبر وهو مستحيل منه، فإن كانت حائلاً فلا عدة عليها سواء كانت من ذوات الأقراء أو الشهور، وإن كانت حاملاً

فهي ممنوعة من الأزواج مدة حملها حفظاً لمائه، وجرى عليها حكم العدة لامتناعها من الأزواج في حقه.

فصل: وأما الممسوح فهو المقطوع الذكر المسلوب الأنثيين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مخرج المني ملتحماً فهذا غير قادر على الإيلاج لجب ذكره وغير قادر على الإنزال لالتحام مخرجه فلا يلحق به الولد لعدم مائه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً﴾ [الفرقان: ٥٤]. فإذا عدم الماء استحال الولد، فإن طلق لم تعتد منه لعدم دخوله وإن مات اعتدت منه بالشهور دون الحمل كالصبي.

والضرب الثاني: أن يكون مخرج المني مفتوحاً، فقد اختلف أصحابنا في لحوق الولد به على وجهين:

أحدهما: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يلحق به، لأن المني بسل الأنثيين قد بعد ولده بجب الذكر وقد قعد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، وأبي بكر الصيرفي، وأبي عبيدة بن حربوية أنه يلحق به الولد، لأن إنزاله من الظهور مجوز، وإن كان مستبعداً والولد يلحق بالإمكان والجواز، وقد حكي أن أبا عبيدة بن حربوية من أصحابنا قلد قضاء مصر فقضى في مثل هذا بلحوق الولد فحمله الخصي على كتفه، وطاف به في الأسواق وقال: انظروا هذا القاضي يلحق أولاد الزنا بالخدم، فأما إن بقي إحدى أنثيي المجبوب لحق به الولد وجهاً واحداً سواء كان يمنى أو يسرى.

وقال بعض أصحابنا: إن بقيت اليسرى لحق به الولد وإن بقيت اليمنى لم يلحق به، لأن اليسرى للمني، واليمنى لشعر اللحية وهذا خطأ، لأنه من قول الطب ولا يعول عليهم في أحكام الشرع، وقد وجد في إنسان ذو خصية واحدة وكان ذا لحية وأولاد، فإن كانت يمنى فقد ولد له وإن كانت يسرى فقد نبتت له لحية فعلم فساد هذا القول.

فإن قلنا: إن الولد لا يلحق به لم تنقض به العدة ولم يلزم إلا في الوفاة دون الطلاق بأربعة أشهر وعشر.

وإن قلنا: إنه يلحق به انقضت عدتها في الوفاة بوضعه ولم يلزمها في الطلاق عدة إلا أن تكون حاملاً فيجري عليها حكم العدة في المنع من الأزواج حتى تضع ـ والله أعلم ـ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: «وَإِنْ أَرَادَتِ الْخُرُوجَ كَانَ لَهُ مَنْعُهَا حَيًّا وَلِوَرَثَتِهِ مَيِّتاً حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا».

قال الماوردي: وهذا معتبر بلحوق الولد به.

فإنا قلنا: إنه لا يلحق لم يكن له منعها من الخروج في فرقة الطلاق، لأنه لا عدة عليها.

فأما فرقة الموت فتعتد بأربعة أشهر وعشر فتمنع من الخروج فيها ولا تمنع بعد انقضائها من الخروج، وإن كانت في حملها فإن قيل: إن الولد لاحق به فله أن يمنعها في حياته من الخروج في فرقة الطلاق، ويحكم بها بالسكنى والنفقة ولورثته في فرقة الموت منعها من الخروج حتى تضع ولا يحكم لها بالنفقة وفي السكنى قولان:

أحدهما: لها السكنى ولهم إجبارها على المقام في المسكن الذي مات زوجها وهي فيه.

والقول الثاني: لا سكنى لها، فعلى هذا يكون لها الخروج إلا أن يتطوع الورثة لها بالسكنى فتمنع من الخروج.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ طَلَّقَ مَنْ لاَ تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ أَوْ آخِرِهِ اعْتَدَّتْ شَهْرَيْنِ بِالأَهِلَّةِ وَإِنْ كَانَ تِسعاً وعِشْرِينَ وَشَهْراً ثَلاَثِينَ لَيْلَةً حَتَّى يَأْتِي عَلَيْهَا تِلْكَ السَّاعَةُ الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا مِنَ الشَّهْرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لأن عدة من لا تحيض بصغر أو إياس ثلاثة أشهر، كما قال الله تعالى: **﴿واللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾** [الطلاق: ٤]. وإذا كان كذلك لم يخل طلاقها عن أن يكون في أول الشهر أو في تضاعيفه، فإن كان في أول الشهر أو مع استهلاله وقبل مضي شيء من أجزائه، إما بأن يراعى وقوع الطلاق فيه أو علقه فيه فعليها أن تعتد بثلاثة أشهر بالأهلة سواء كانت كاملة فكانت تسعين يوماً أو كانت ناقصة فكانت سبعة وثمانين يوماً أو كان بعضها كاملاً وبعضها ناقصاً لقول الله تعالى: **﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالحَجِّ﴾** [البقرة: ١٨٩]. فكانت الشهور معتبرة بالأهلة في الشرع، وقد تردد شهر الهلال بين كمال ونقصان قال النبيّ ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا مشيراً بأصابعه العشر يعني ثلاثين يوماً ثم قال: والشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس إبهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين يوماً»[1]، وإن طلقها في تضاعيف الشهر كأنه طلقها، وقد مضى من الشهر عشرة أيام اعتدت ببقيته من ساعة طلاقها

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٣٤) ومسلم (الصيام ب ٢ ـ رقم ٤) والنسائي (الصيام ب ١٥، ١٦) وابن ماجه (١٦٥٦) وأحمد (١/ ١٨٤) والبيهقي (٤/ ٢٠٥) وابن أبي شيبة (٣/ ٨٤) والطحاوي (٣/ ١٢٢).

وبشهرين بعدها بالأهلة وسواء كانا كاملين أو ناقصين ثم استكملت بعده العدة من الشهر الرابع، فإن كان شهر الطلاق كاملاً وكان الباقي منه عشرين يوماً اعتدت من الرابع عشرة أيام، وإن كان الشهر ناقصاً استكملت ثلاثين يوماً، واعتدت من الرابع احد عشر يوماً.

وقال أبو حنيفة: تعتد من الرابع عدة ما مضى من شهر الطلاق، وهو عشرة أيام في زيادته ونقصانه اعتباراً بعدد ما فات منه كما يعتبر في قضاء شهر رمضان بعدد ما فات منه في زيادته ونقصانه.

وقال عبدالرحمن ابن بنت الشافعي: الطلاق في تضاعيف الشهر يرفع حكم الأهلة، لأن كل شهر يتصل فلا تبتدئه إلا في غير هلال فوجب أن تستوفي تعيين يوماً كاملاً لفوات هلال كل واحد منهما كما يستوفي الشهر الأول كاملاً لفوات هلاله.

وقال مالك والأوزاعي: إذا طلقت في تضاعيف يوم لم تحتسب ببقيته، وإن طلقت نهاراً كان أول عدتها دخول الليل وإن طلقت ليلاً كان أول عدتها طلوع الفجر فصار الخلاف مع أبي حنيفة في يوم نقصه وزيادته ومع عبدالرحمن ابن بنت الشافعي في يومي زيادتها ونقصانها، ومع مالك في بقية اليوم أسقطها واحتسبناها.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: أن الشهر إذا أدرك هلاله تعتد به ما بين الهلالين من زيادة ونقصان، فإذا فات هلاله استكمل عدة ثلاثين يوماً يدل على ذلك أنه لو قال: له عَلَيَّ أن أصوم شهراً فابتدأ الصيام في أول شهر اعتبر بما بين هلاليه، وإن كان ناقصاً، ولو ابتدأ بالصيام في تضاعيف الشهر استكمل صيام ثلاثين يوماً ليكون بفوات الهلال كاملاً فاقتضى أن تستكمل المعتدة الشهر الأول ثلاثين يوماً لفوات هلاله بخلاف ما قاله أبو حنيفة: وتعتد بما بين الهلالين في الشهر من المستقبلين وإن كانا ناقصين لإدراك هلالهما بخلاف ما قاله عبد الرحمٰن ابن بنت الشافعي.

فأما مالك والأوزاعي فقد زادا في العدة بما استنقصاه من بقية يوم الطلاق وليلته على ما قدره الله تعالى في كتابه والزيادة عليها كالنقصان منها في مخالفة التقدير ومجاوزة النص، ولو لم تعتد ببقية اليوم اعتباراً بالكمال للزم أن لا تعتد ببقية الشهر اعتباراً بالكمال وفي فساد هذا في بقية الشهر دليل على فساده في بقية اليوم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ حَاضَتْ الصَّغِيرَةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الثَّلاَثَةِ الأَشْهُرِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَلَوْ حَاضَتْ قَبْلَ انْقِضَائِهَا بِطَرَفَةٍ خَرَجَتْ مِنَ اللَّاتِي لَمْ يَحِضْنَ وَاسْتَقْبَلَتِ الأَقْرَاءَ».**

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن من لم تحض لصغر عدتها ثلاثة أشهر، فإن

اعتدت بالشهور ثم حاضت لم يخل حيضها من أن يكون بعد انقضاء الشهور أو قبلها، فإن كان بعد انقضاء الشهور أجزأتها العدة بالشهور، وإن صارت بعدها من ذوات الأقراء للحكم بانقضائها ولم يؤثر حدوث الحيض كما لو اعتدت بالأقراء ثم صارت مؤيسة أجزأتها الأقراء، وإن صارت بعدها من ذوات الشهور.

فإن قيل: أفليس لو انقضت عدتها بالأقراء ثم ظهر بها حمل انتقلت إليه بطل الأقراء، فهلا كانت الصغيرة في حدوث الحيض كذلك؟ قيل؛ ـ لأن الحمل متقدماً على الأقراء ما انتقلت إلى الاعتداد بالشهور لأنه لا يجوز تلفيق العدة من جنسين شهور وأقراء حتى تستكمل أحد الجنسين من أقراء وشهور، وإذا كان كذلك فقد قال الشافعي: «استقبلت الأقراء» فاختلف أصحابنا لأجل هذا الاحتمال فيما مضى من طهرها هل تعتد به قرءاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنها تعتد به قرءاً؛ لأن القرء هو طهر بعده حيض، فإن لم يتقدم حيض كما لو طلقت في طهرها اعتدت به؛ لأن بعده حيض وإن لم يتقدم حيض؛ لان ما مضى من الحيض قبل الطلاق لا يحتسب في عدة الطلاق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها لا تعتد بما مضى من الطهر قرءاً ولتستقبل ثلاثة أقراء؛ لأن القرء هو طهرين حيضتين فلما كان فقد الحيضة الثانية في الانتهاء تمنع من أن تكون قرءاً، كان فقد الحيضة الأولى في الابتداء أولى بالمنع من أن تكون قرءاً؛ ولأنها لو اعتدت بقرءٍ ثم طرأ عليها الإياس لم تحتسب بزمان القرءِ وشهر ولتستقبلن ثلاثة أشهر لئلا تلفق عدة من جنسين كذلك حيض الصغيرة لا يوجب احتساب ما مضى من الشهور قرءاً لئلا يجمع في عدتين جنسين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَأَعْجَبُ مَنْ سَمِعْتُ بِهِ مِنَ النِّسَاءِ يَحِضْنَ نِسَاءُ تُهَامَةَ لِتِسْعِ سِنِينَ فَتَعْتَدُّ إِذَا حَاضَتْ مِنْ هَذِهِ السِّنِّ بِالأَقْرَاءِ».

قال الماوردي: فقد مضى في كتاب الحيض أن أقل الزمان الذي تحيض فيه النساء تسع سنين اعتباراً بالوجود، وأنه لم يجز بذلك عادة مستمرة فإن وجدت عادة في الحيض لأقل من تسع سنين من السلامة من العوارض، أما في ثلاث نساء حضن لأقل من تسع، وأما في امرأة واحدة حاضت ثلاث مرات لأقل من تسع سنين انتقلنا عن التسع في أقله إلى ما وجدناه غير أننا لم نجد ذلك فوقفنا في الأقل على ما استقر وجوده وهو تسع سنين، فلو أن معتدة رأت الدم لأقل من تسع سنين كان دم فساد ولم

يكن حيضاً فتعتد بالشهور لأنها ممن لم تحض ولو رأته لتسع سنين، وكان أقل من يوم وليلة اعتدت بالشهور؛ لأنها لم تحض.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِي**: فَإِنْ بَلَغَتْ عِشْرِينَ سَنَةً أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَحِضْ قَطُّ اعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن أكثر الزمان الذي تحيض فيه النساء غير محدد، فإذا تأخر عن المرأة الحيض حتى طعنت في السن اعتدت بالشهور؛ لأنها ممن لم تحض؛ لأن المعتبر صفة المعتدة وإن خرجت عن غالب العادة كالحمل الذي يعتبر فيه حال الحامل في بقائه أربع سنين، وإن خالف غالب العادة في تسعة أشهر فأما إذا ولدت ولم تر حيضها قبله ولا نفاساً بعده ثم طلقت ففي عدتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني إنها تعتد بالشهور؛ لأنها لم تحض وولادتها قبل الحيض كالبلوغ الذي تعتد بعده بالشهور إذا لم تحض كذلك بعد الحمل.

والوجه الثاني: أنها تكون كالتي ارتفع حيضها قبل الإياس لغير علة فيكون فيما يعتد به ثلاثة أقاويل ذكرناها:

أحدها: تمكث تسعة أشهر مدة أوسط الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر.

والثاني: تمكث مدة أكثر الحمل لأربع سنين ثم تعتد بثلاثة أشهر.

والثالث: تمكث إلى مدة الإياس ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن من كانت من ذوات الحمل يمتنع أن تكون من ذوات الأقراء لقوة الحمل على الأقراء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رضي الله تعالى عنه: «وَلَوْ طَرَحَتْ مَا تَعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدٌ مُضْغَةٍ أَوْ غَيْرِهَا حَلَّتْ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابَيْنِ لَا تَكُونُ بِهِ أم ولد حَتَّى يَبِينَ فِيهِ مِنْ خَلْقِ الإِنْسَانِ شَيْءٌ وَهَذَا أَقْيَسُ».

قال الماوردي: اعلم أن إسقاط الولد يتعلق به ثلاثة أحكام:

أحدها: انقضاء العدة.

والثاني: كونها أم ولد.

والثالث: وجوب العدة.

وله في هذه الأحكام ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون مضغة.

والثاني: أن تكون دونها.

والثالث: أن تكون فوقها، وإن كان دون المضغة نطفة أو علقة لم يتعلق بإلقائه شيء من هذه الأحكام الثلاثة فلا تنقضي العدة ولا تصير به أم ولد ولا يجب فيه الغرة لأنه دم فصار كدم الحيض ولا يتم به القروء بخلاف الحيض؛ لأنه لم يدم دوام الحيض فإن اتصل به الدم حتى صار يوماً وليلة فهو دم حيض يتم به الطهر ولا يكون نفاساً لأن النفاس ما اتصل بوضع الولد، فإن كان قوي المضغة فهو ما استكمل خلقه وتشكلت أعضاؤه ولم يبق عليه إلا التمام والاشتداد فهذا تتعلق الأحكام الثلاثة به فتنقضي به العدة وتصير به أم ولد وتجب فيه الغرة ويكون ما انصل به من الدم نفاساً، وإن كانت مضغة فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يظهر فيه بعض الأعضاء من عين، أو إصبع، أو تبين فيه أوائل التخطيط وأوائل الصورة فتتعلق فيه الأحكام الثلاثة، وسواء كان ذلك ظاهراً مشاهداً أو كان خفياً تفرقه القوابل عند إلقائه في الماء الجار فتنقضي به العدة، وتصير به أم ولد وتجب فيه الغرة.

والحال الثانية: أن لا تبلغ هذ الحد وتضعف عن قوة الحمل المتماسك فيكون بالعلقة أشبه؛ لأنه أول أحوال انتقاله عنها فلا يتعلق عليه شيء من الأحكام الثلاثة.

والحال الثالثة: أن يكون لحماً متماسكاً قد تهيأ للانتقال إلى التصور والتخطيط ولم يبد فيه تصور ولا تخطط لا ظاهر ولا خفي، فظاهر ما قاله الشافعي ها هنا في القديم أن العدة تنقضي به، وظاهر ما قاله في أمهات الأولاد: أنها تصير به أم ولد فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن جمعوا بين الحالتين وخرجوها على قولين:

أحدهما: تنقضي به العدة وتصير به أم ولد وتجب فيه الغرة؛ لأنه في مبادىء الخلقة فجرى عليه حكمها.

والقول الثاني: لا تنقضي به العدة ولا تصير به أم ولد ولا تجب فيه الغرة؛ لأنه لم يستقر به خلقه.

والوجه الثاني: أن الجواب على ظاهره في الموضعين فتنقضي بهد العدة ولا تصير به أم ولد ولا تجب في الغرة.

والفرق بينهما: أن العدة موضوعة لاستبراء الرحم وإلقاؤه وإن لم يتصور مستبرىء لرحمها كما لو تصور فلذلك انقضت العدة به، وهي إنما تصير أم ولد إذا انطلق اسم الولد عليه وثبتت حرمته فتعدت إليها، وهو قبل التصور لا ينطلق عليه اسم الولد استقرت له حرمة تعدت إليها، فلذلك لم تصر به أم ولد ولم تجب فيه الغرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَتْ تَحِيضُ عَلَى الحَمْلِ تَرَكَتِ الصَّلَاةَ وَاجْتَنَبَهَا زَوْجُهَا وَلَمْ تَنْقَضِ بِالْحَيْضِ عِدَّتُهَا لأَنَّهَا لَيْسَتْ مُعْتَدَّةً بِهِ وَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا».

قال الماوردي: قد أجرى الله سبحانه العادة في أغلب أحوال النساء أن ينقطع عنهن الحيض في مدة الحمل لما ذكر أن الله تعالى يجعله غذاء للجنين وربما برز الدم في حال الحمل إما لأنه أكثر من غذاء الجنين، وأما لضعف الجنين عن الاعتداء بجميعه فيخرج فاضل الدم، ويكون على صفة الحيض وقدره، ولا خلاف بين الفقهاء أنها لا تعتد به واختلف قول الشافعي فيه، هل يكون حيضاً تجتنب فيه ما تجتنب النساء في الحيض أو يكون دم فساد لا حكم له على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال أبو حنيفة: لا يكون حيضاً ويكون دم فساد لا تمنع فيه من الصلاة وإتيان الزوج استدلالاً بقوله: ﴿**اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ**﴾ [الرعد: ٨] فأخبر أن الحيض يفيض مع الحمل فدل على أن ما ظهر من الدم ليس بحيض، ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولاحائل حتى تحيض[١] فجعل براءة الرحم بكل واحد منهما فدل على تنافي اجتماعهما، ولأنه دم لا تنقضي به العدة فوجب أن لايكون حيضاً كدم الاستحاضة على الحمل، ولأن الحيض على الحمل في ذوات الأقراء ليس بدال على براءة الرحم فلو حاضت لما دل على براءة الرحم منه ولكانت العدة غير مقتضية.

والقول الثاني: وهو الجديد وبه قال مالك إنه يكون حيضاً في تحريم الصلاة، والصيام واجتناب الزوج، وإن لم تنقض به العدة، لقول النبي ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش إن لدم الحيض علامات وإمارات أنه الأسود الثخين المحتدم فأما إذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة، فوجب اعتبار هذه الصفة في جميع الأحوال وتعليق الحكم عليها إذا وجدت، ولأن الحيض والحمل لا ينافي اجتماعهما سنة وإجماعاً، واستدلالاً.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه دخل على عائشة تبرق أسارير وجهه فلما رأت بريق أساريره قالت يارسول الله: أنت أحق بما قاله أبو كبير الهذلي.

وَمُبَــرَّإٍ مِــنْ كُــلِّ غُبَّــرِ حَيْضَــةٍ ... وَفَسَــادِ مُــرْضِعَــةٍ وَدَاءٍ مُغْيِّــلِ
وَإِذَا نَظَــرْتَ إِلَــى أَسِــرَّةِ وَجْهِــهِ ... بَــرِقَــتْ كَبَـرْقِ العَــارِضِ المُتَهَلِّــلِ[٢]

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) والدارمي (٢/ ١٧١) وأحمد (٣/ ٦٢) والحاكم (٢/ ١٩٥) والبيهقي (٥/ ٣٥٩) وابن عبد البر (٣/ ١٤١).

(٢) انظر اللسان م/ غبر.

يعني أنه قد برىء أن تكون أمه حملت به وهي حائض لأن ما تحمله في الحيض يكون غير اللون كمداء وما يحمله في الطهر وضيء الأسارير صافي اللون، وكانت هذه صفته.

وقوله: وداء مغيل: الوطء على الحمل، لقول النبي ﷺ أردت أن أنهي عن الغيلة يعني وطء الحامل حتى قيل لي إن نساء الروم يفعلن ذلك ولا يضرهن[1] فموضع السنة المستدل بها من هذا الخبر أن عائشة رضي الله تعالى عنها نزهت رسول الله ﷺ عن الحمل به في حيض أمه وعن غيلتها بصفته التي يخالف حال من حملت به في حيضتها فأقرها النبي ﷺ على هذا القول وما أنكره منها، ولو خالف الشرع لأنكره ونهى عنه مع قوله في الغيلة: «أردت أن أنهي عنها ثم عرفت أن الروم لا يضرهم» يريد في الحمل الحادث منه فدل ذلك من قوله ومن إقراره على أنه لا يتنافى في اجتماع الحيض والحمل وأما الاجتماع فما روي أن رجلين تداعيا ولداً وتنازعا فيه إلى عمر رضي الله تعالى عنه فدعى له القافة فالحقوه بهما، فدعا له عجائز قريش وسالهن عنه فقلن: إنها حملت به من الأول وحاضت على الحمل فاستخشف الولد، فلما تزوج بها الثاني انتعش بمائه فأخذ الشبه منه، فقال عمر: الله أكبر وألحق الولد بالأول، وكانت هذه القصة شهدها المهاجرون والأنصار، وسمعوا ما جرى فأقروا عليه ولم ينكروه، فدل على إجماعهم عليه.

وأما الاستدلال فهو ما انعقد الإجماع عليه فيمن وطىء في حيض أو عقد نكاحاً على حائض فجاءت بولد لستة أشهر من وطئه وعقده في الحيض أن الولد لاحق به لوجود زمان حمله من وقت وطئه وعقده، فدل ذلك من إجماعهم على جواز حملها في الحيض، ولولا ذلك لاعتبروا ستة أشهر من بعد انقضاء حيضتها فإن فرقوا بين علوق الولد وبين الحمل جوزناه قياساً، فقلنا: إن كل حالة لا تنافي علوق الولد لا تنافي الحمل كالطهر لأنه لما صح حدوث الحمل على الحيض صح حدوث الحيض على الحمل؛ لأنهما لا يتنافيان؛ ولأن ما تأخر به الحيض في الغالب لم يمنع من ثبوت حكمه إذا حدث نادراً كالرضاع، لأن الحيض يتأخر به الحمل؛ ولأن الأقراء في العدة أقوى من الشُّهور والحمل فيها أقوى من الأقراء فلما انتقلت إلى الحمل مع وجود الشهور جاز أن تنتقل إلى الحمل مع وجود الأقراء، وهذا استدلال المزني وفيه انفصال.

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ أبو نعيم (٦/ ٣٣٧) وأخرجه مسلم (النكاح ب ٢٤ رقم ١٤٠) وأبو داود (٣٨٨٢) والترمذي (٢٠٧٧) والنسائي (٦/ ١٠٧) وأحمد (٦/ ٣٦١) والبيهقي (٧/ ٢٣١).

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من توجيه القولين، فإن قلنا بالقديم منهما أنه ليس بحيض فقد اختلف أصحابنا في أول زمانه الذي يرتفع عنه حكم الحيض على وجهين:

أحدهما: من وقت العلوق وإن تركت الصلاة عند رؤية الدم بخفاء أمارات الحمل قضت.

والوجه الثاني: من وقت حركة الحمل التي تحتاج إلى الاعتداد به من الحيض؛ فإن صامت بعد العلوق وقبل حركته أعادت، وإن قلنا: هو له في الجديد وهو الأصح نظر في الدم فإن كان ثخيناً محترماً فهو حيض، وإن كان رقيقاً أصفر ففي كونه حيضاً وجهان؛ لأن الحيض في الحمل غير معتاد وفي وجود الصفرة والكدرة في غير أيام العادة وجهان كذلك هذا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ:** «وَلاَ تُنْكَحُ المُرْتَابَةُ وَإِنْ أَوْفَتْ عِدَّتَهَا لأَنَّهَا لاَ تَدْرِي مَا عِدَّتُهَا فَإِنْ نُكِحَتْ لَمْ يُفْسَخْ وَوَقَفْنَاهُ فَإِنْ بَرِئَتْ مِنَ الحَمْلِ فَهُوَ ثَابِتٌ وَقَدْ أَسَاءَتْ وَإِنْ وَضَعَتْ بَطُلَ النِّكَاحُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ الحَامِلَ تَحِيضُ وَلَمْ يَجْعَلْ لِحَيْضِهَا مَعْنًى يُعْتَدُّ بِهِ كَمَا تَكُونُ الَّتِي لَمْ تَحِضْ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ فَإِذَا حَدَثَ الحَيْضُ كَانَتْ العِدَّةُ بِالْحَيْضِ وَالشُّهُورِ كَمَا كَانَتْ تَمُرُّ عَلَيْهَا وَلَيْسَتْ بِعِدَّةٍ وَكَذَلِكَ الحَيْضُ يَمُرُّ عَلَيْهَا وَلَيْسَ كُلُّ حَيْضٍ عِدَّةً كَمَا لَيْسَ كُلُّ شُهُورٍ عِدَّةً».

قال الماوردي: أما المرتابة فهي التي تمضي في أقرائها وهي مرتابة بحملها لما تجده من غلظ وتحس به من نقل وهي ممنوعة من النكاح بعد انقضاء عدتها حتى تزول ريبتها، فإن نكحت قال الشافعي ها هنا لم يفسخ النكاح ووقفناه فإن برئت من الحمل فهو ثابت وقد أساءت وإن وضعت بطل النكاح.

وقال في موضع آخر إن نكحت المرتابة فنكاحها باطل، وليس ذلك على قولين كما وهم فيه بعض أصحابنا وإنما هو على اختلاف حالين واختلف أصحابنا في اختلاف حالتها على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الإصطخري وأبي علي بن خيران الموضع الذي أبطل فيه نكاحها إذا كانت الريبة موجودة قبل انقضاء عدتها والموضع الذي وقف فيه نكاحها إذا أحدثت الريبة بعد انقضاء عدتها؛ لأن العدة موضوعة لاستبراء الرحم ووجود الريبة فيها تمنع من استبرائها فلم يجز أن يحكم بانقضائها فلذلك بطل نكاحها؛ لأنها في حكم الباقية في عدتها وإن انقضت أقراؤها

وإذا صدقت الريبة بعد العدة فقد تقدمها الحكم بانقضاء العدة فلم تنقض لمظنون مجوز، وإن كان النكاح موقوفاً على ما تحقق من حال الحمل كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له ما هو أولى من اجتهاده الأول فإن كان قبل نفوذ الحكم به رجع عن الأول وحكم الثاني، وإن كـان بعد نفوذ الحكم به أمضى الحكم بالاجتهاد الأول ولم يبعضه فإن بان له مخالفة النص نقضه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج، وأبي علي بن أبي هريرة أن اختلاف حالتهما محمول على غير ذلك، وهو أن الموضع الذي يبطل فيه نكاحها إذا كانت الريبة موجودة قبل عقد النكاح، والموضع الذي وقف فيه نكاحها إذا حدثت الريبة بعد عقد النكاح؛ لأن استبراءها قبل النكاح من حقوق الأول؛ لأن ولدها يلحق به إلى مدة أربع سنين من طلاقه فاستوى في حقه وجود الريبة قبل العدة وبعدها فلذلك بطل نكاحهاواستبراؤهابعد النكاح في حق الثاني، لأنه يلحق به ولدها إذا وضعته لستة أشهر فلذلك وقف نكاحها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف الوجهين ينزل لها منه ثلاثة أحوال:

أحدها: ما كان نكاحها فيه باطلاً، وهو أن تكون الريبة موجودة قبل انقضاء العدة فلا يختلف أصحابنا في بطلان نكاحها سواء زالت الريبة أو تحققت بالولادة.

والحال الثاني: ما كان نكاحها فيه موقوفاً، وهو أن تحدث الريبة بعد النكاح فلا يختلف أصحابنا أن عقد النكاح لا يبطل؛ لأنه عقد على الصحة في الظاهر فلم يبطل بالوهم لكن يكره له وطئها حتى ينظر ما يكون من حال ريبتها، فإن انفش الحمل كان النكاح على صحته وإن وضعت لستة أشهر من وقت العقد فالولد للثاني، والنكاح على صحته، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر فهو للأول، والنكاح حينئذ باطل.

والحال الثالثة: ما كان نكاحها مختلفاً فيه وهو أن تكون الريبة حادثة بعد انقضاء العدة وقبل نكاح الثاني ففي النكاح وجهان:

أحدهما: باطل، وهو قول من اعتبر الريبة قبل النكاح.

والوجه الثاني: موقوف، وهو قول من اعتبر الريبة قبل العدة.

فإن قيل: كيف يكون النكاح على مذهب الشافعي موقوفاً وعقد النكاح عنده لا يقف على الإجازة ولا ينعقد إلا على فساد أو صحة قيل: إنما جعل موقوفاً على الفسخ لا على الإجازة والإمضاء كما يوقف نكاح الوثنيين إذا أسلم أحدهما على الفسخ دون الإمضاء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رضوان الله عليه: «وَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً بِوَلَدَيْنِ فَوَضَعَتْ الأَوَّلَ فَلَهُ الرَّجْعَةُ وَلَوِ ارْتَجَعَهَا وَخَرَجَ بَعْضُ وَلَدِهَا وَبَقِيَ بَعْضُهُ كَانَتْ رَجْعَةً وَلاَ تَخْلُو حَتَّى يُفَارِقَهَا كُلُّهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وحكي عن عكرمة: أنها إذا وضعت أحد الولدين، أو خرج بعض أحدهما انقضت عدتها، وبطلت رجعة الزوج كما تنقضي عدة ذات الإقراء بأول الحيض كذلك الحامل تقضي عدتها بأول الحمل، وهذا خطأ، لقوله: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] ووضع الحمل يكون بعد انفصال جميعه، ولأن العدة موضوعة لاستبراء الرحم وخلوه من ولد مظنون فكيف يصح أن تنقضي مع بقاء ولد موجود، فأما ذات الأقراء فعدتها بالأطهار، وإنما يراعي أول الحيض لاستكمالها والحامل تنقضي عدتها بوضع الحمل فاقتضى أن يراعي استكماله، فعلى هذا لو ارتجعها بعد خروج بعض الولد وبقاء بعضه صحت رجعته، ولو نكحت غيره بطل نكاحها ولو انفصل جميع حملها انقضت عدتها ولم يصح له الرجعة ولا يمنعها بقاء الناس من نكاح غيره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رضي الله تعالى عنه: «وَلَوْ أَوْقَعَ الطَّلاَقَ فَلَمْ يَدْرِ أَقَبْلَ وِلاَدِهَا أَمْ بَعْدَهُ فَقَالَ وَقَعَ بَعْدَ مَا وَلَدَتْ فَلِيَ الرَّجْعَةُ وَكَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّ الرَّجْعَةَ حَقٌّ لَهُ وَالخُلُوُّ مِنَ العِدَّةِ حَقٌّ لَهَا وَلَمْ يَدْرِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا كَانَتِ العِدَّةُ عَلَيْهَا لأَنَّهَا وَجَبَتْ وَلاَ نُزِيلَهَا إِلاَّ بِيَقِينٍ وَالوَرَعُ أَنْ لاَ يَرْتَجِعَهَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل طلق زوجته دون الثلاث فولدت ثم اختلفا هل كان الطلاق قبل الولادة أو بعدها فادعى الزوج أنه طلقها بعد الولادة وأن عدتها بالأقراء وله الرجعة، وقالت: بل طلقني قبل الولادة فقد انقضت عدتي بها ولا رجعة لك فلا يخلو حالهما في هذا الاختلاف من ثمانية أقسام:

أحدها: أن يتفقا على وقت الولادة أنه في يوم الجمعة ويختلفا في وقت الطلاق فيقول الزوج: هو يوم السبت، وتقول الزوجة، هو في يوم الخميس، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه وعليها أن تعتد بالأقراء وله الرجعة؛ لأن الطلاق من فعله فرجع فيه إلى قوله كما يرجع إليه في أصل وقوعه.

والقسم الثاني: أن يتفقا على وقت الطلاق أنه كان في يوم الجمعة ويختلفا في وقت الولادة فيقول الزوج ولدت في يوم الخميس وتقول الزوجة، بل ولدت في يوم السبت، والقول فيه قول الزوجة مع يمينها، وقد انقضت عدتها بالولادة لتأخرها ولا رجعة للزوج؛ لأن الولادة من فعلها ومعلوم من جهتها.

والقسم الثالث: أن يختلفا في وقت الطلاق، وفي وقت الولادة فيقول الزوج، ولدت في يوم الجمعة، وطلقت في يوم السبت، وتقول الزوجة بل طلقت في يوم الجمعة وولدت في يوم السبت، فإنهما يتحالفان والبادي باليمين أسبقهما بالدعوى، وفي كيفية اليمين وجهان:

أحدهما: يحلف الزوج بالله ما طلقتها إلا بعد ولادتها، وتحلف الزوجة بالله ما ولدت إلا بعد طلاقه؛ لأن ذلك أوجز وأخصر.

والوجه الثاني: أنهما يحلفان على صفة الدعوى فتضمن يمين كل واحد منهما إثبات ما ادعاه ونفي ما ادعى عليه، فيقول الزوج: والله لقد ولدت في يوم الجمعة وما طلقتها إلا في يوم السبت، وتقول الزوجة: والله لقد طلقني في يوم الجمعة ولقد ولدت في يوم السبت، ولا تحتاج أن تقول ما ولدت إلا في يوم السبت وإن احتيج إلى ذلك في الطلاق؛ لأن الولادة لا تتكرر والطلاق قد يتكرر وإذا كان كذلك لم يخل حالهما في التحالف من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينكلا فيحكم عند نكولها بقول أسبقهما بالدعوى، فإن كان الزوج حكم له بالرجعة، وعليها بالعدة وإن كانت الزوجة حكم لها بانقضاء العدة وإسقاط الرجعة.

والحال الثانية: أن يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم للحالف منهما دون الناكل سواء كان سابقاً بالدعوى أو مسبوقاً.

والحال الثالثة: أن يحلفا معاً فالتحالف منهما وقع على حكمي الرجعة والعدة فأثبتهما الزوج لنفسه بيمينه ونفتهما الزوجة عنها بيمينها فوجب أن يلزم كل واحد منهما أغلظ الأمرين في حقه يقيناً للتهمة عنهما فتسقط رجعة الزوج بيمين الزوجة لأنه أغلظ الأمرين عليها وأنفى للتهمة عنها.

والقسم الرابع: أن يتفقا على وقت الولادة ويشكا في الطَّلاق هل تقدمها أو تأخر عنها فيحكم عليها بالعدة وللزوج الرجعة لأنا على يقين من حدوث الطلاق وفي شك من تقدمه والورع للزوج أن يرتجع لجواز تقدمه.

والقسم الخامس: أن يتفقا على وقت الطلاق ويشكا في الولادة هل تقدمت عليه أو تأخرت عنه فيحكم لها بانقضاء العدة وسقوط الرجعة لأنا على يقين من حدوث الولادة وفي شك من تقدمها والورع لها أن تعتد لجواز تقدمها.

والقسم السادس: أن يقول الزوج: قد علمت أنني طلقتك بعد ولادتك، وتقول الزوجة: لست أعلم فالقول قول الزوج لعلمه بما جهلته وعليها العدة وله الرجعة، ولها إحلافه على الرجعة دون العدة، فإن لم يرتجعها فلا يمين عليه؛ لأن العدة تلزمها مع الجهل بأدائها.

والقسم السابع: أن تقول الزوجة قد علمت أنني ولدت بعد طلاقك ويقول الزوج: لست أعلم فالقول قول الزوجة ولا عدة عليها ولا رجعة له وله إحلافها في سقوط العدة دون الرجعة؛ لأنه لا يستبيح الرجعة مع الجهل باستحقاقها.

والقسم الثامن: أن يجهلا جميعاً وقت الولادة والطلاق ولا يعلم واحد منهما، هل تقدم الطلاق على الولادة أو تقدمت الولادة على الطلاق فعليهما العدة وله الرجعة، لأن الأصل وجوب العدة فلا تنقضي بالشك وأنَّ الرجعة مستحقة فلا تبطل بالشك ويختار له في الورع أن لا يرتجعها احتياطاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا فَلَمْ يحْدِثْ لَهَا رَجْعَةً وَلاَ نَكَاحاً حَتَّى وَلَدَتْ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينٍ فَأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ فَهُوَ مَنْفِيٌّ بِاللِّعَانِ لأَنَّهَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ الطَّلاَقِ لَمَّا لاَ يَلِدُ لَهُ النِّسَاءُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِذَا كَانَ الوَلَدُ عِنْدَهُ لاَ يُمْكِنُ أَنْ تَلِدَهُ مِنْهُ فَلاَ مَعْنَى لِلِّعَانِ بِهِ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا غَلَطاً من غير الشافعي».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة بيان أقل الحمل وأكثره، فأما مدة أقل الحمل الذي يعيش بعد الولادة فستة أشهر استنباطاً من نص وانعقاداً من إجماع واعتباراً بوجود.

أما استنباط النص فقول الله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف ١٥] فجعلها مدة للحمل ولفصال الرضاع ولا تخلو هذه المدة من أربعة أحوال.

إما أن تكون جامعة لأقلهما أو لأكثرهما أو لأكثر الحمل وأقل الرضاع أو لأقل الحمل وأكثر الرضاع فلم يجز أن تكون جامعة لأقليهما لأن أقل الرضاع غير محدد، ولم يجز أن تكون جامعة لأكثرهما لزيادها على هذه المدة ولم يجز أن تكون جامعة لأكثر الحمل وأقل الرضاع؛ لأن أقله غير محدد فلم يبق إلا أن جامعة لأقل الحمل وأكثر الرضاع ثم ثبت أن أكثر الرضاع حولين لقول الله: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] علم أن الباقي وهو ستة أشهر مدة أقَل الحملَ.

وأما انعقاد الإجماع فما روي أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عثمان رضي الله تعالى عنه فولدت فرافعها إليه فهم عثمان برجمهما، فقال له ابن عباس: إن خاصمتك المرأة خاصمتك بالقران، فقال عثمان رضي الله تعالى عنه ومن أين ذلك فقال: قال الله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف١٥] وقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فإذا ذهب الحولان

من ثلاثين شهراً كان الباقي لحمله ستة أشهر فعجب الناس من استخراجه ورجع عثمان، ومن حضر رضي الله تعالى عنهم[١] إلى قوله فصار إجماعاً.

وأما اعتبار الوجود فما حكي' أن الحسين بن علي عليهما السلام ولد بعد ستة أشهر من ولادة أخيه الحسن رضوان الله عليهما.

وأما مدة أكثر الحمل فقد اختلف الفقهاء فمذهب الشافعي إلى أن أكثر مدته أربع سنين.

وقال الزهري، وربيعة، والليث بن سعد، أكثر مدته سبع سنين وعن مالك ثلاث روايات: روي عنه أربع سنين، وروي خمس سنين، وروي سبع سنين وقال أبو حنيفة: أكثر مدته سنتان.

وبه قال المزني استدلالاً بقول الله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاق: ١٥] فجعلها مقصورة على المدتين فلم يجز أن تكون إحداهما أكثر منهما ولأن هاتين المدتين مجمع عليهما فلم يجز الانتقال عنهما إلا بإجماع أو دليل.

ودليلنا: هو أن كل ما احتاج إلى حد وتقدير إذا لم يتقدر بشرع ولا لغة كان مقداره بالعرف والوجود كالحيض، والنفاس، وقد وجد مراراً حمل وضع لأربع سنين روى داود بن رشيد عن الوليد بن مُسْلم، قال: قلت لمالك بن أنس أني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل فقال سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق وحملت ثلاثة أبطن في أثني عشر سنة تحمل كل بطن أربع سنين[٢].

وروى المبارك بن مجاهد قال: مشهور عندنا كانت امرأة محمد بن عجلان تحول وتضع في أربع سنين فكانت تسمى حاملة الفيل[٣].

وروى الشافعي عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد القرشي أن سعيد بن المسيب رأى رجلاً فقال: إن أبا هذا غاب عن أمة أربع سنين ثم قدم فوضعت هذا، وله ثنايا.

وروى هشام بن يحيى المَجَاشعي قال: بينما مالك بن دينار يوماً جالس إذ قام رجل فقال يا يحيى ادع لامرأتي حبلى منذ أربع سنين قد أصبحت في كرب شديد فغضب مالك وأطبق المصحف، وقال: ما يرى هؤلاء القوم إلا أنا أنبياء ثم دعا ثم قال اللهم

---

(١) أخرجه عبد الرزاق وابن المنذر كما في «الدر المنثور» (٦/ ٩).

(٢) أخرجه البيهقي (٧/ ٤٤٣).

(٣) انظر المصدر السابق.

هذه المرأة إن كان في بطنها ريح فأخرجها عنها الساعة وإن كان في بطنها جارية فأبدلها بها غلاماً فإنك تمحو ما تشاء وتثبت وعندك أم الكتاب ثم رفع مالك يده ورفع الناس أيديهم وجاء الرسول إلى الرجل فقال: ادرك امرأتك: فذهب الرجل فما حط مالك يده حتى طلع الرجل من باب المسجد على غلام جعد قطط ابن أربع سنين، قد استوت أسنانه ما قطعت أسراره[1] وإذا كان هذا النقل صحيحاً من طرق مختلفة ثبت وجوده واستقر حكمه.

فأما الآية فقد ذكرنا ما اقتضته وفيه جواباً.

وأما الإجماع فقد انتقلنا عنه بالوجود.

فصل: فإذا ثبتت هذه المقدمة فصورة المسألة في رجل طلق امرأته وانقضت عدتها في الظاهر بالشهور أو بالأقراء ثم وضعت قبل أن تتزوج بغيره ولداً فإن رضعته لأقل من أربع سنين فهو لاحق بالزوج المطلق؛ لأنه إذا لم يتجاوز مدة أكثر الحمل وهي أربع سنين أمكن أن يكون منه، وإن كان نادراً فوجب أن يلحق به وإن خالف الغالب كما يلحق به إذا ولدته لستة أشهر من وقت عقده وإن ندر وخالف الغالب لوجود الإمكان في الحالين مع كونهما نادرين وتنقضي عدتهما بوضع الحمل دون ما تقدم من الشهور والأقراء، لأن لحوق الولد به يمنع من انقضاء العدة بغيره وسواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً.

وإن وضعت الولد لأكثر من أربع سنين من فوت الطلاق لم يخل الطلاق من أن يكون بائناً أو رجعياً فإن كان بائناً والبائن واحد من ثلاث فرق.

إما الطلاق الثلاث، أو الخلع فيما دون الثلاث، أو الفسخ بما استحق به الفسخ، فإن الولد لا يلحق به، لأن العلوق مع حادث بعد تحريمها عليه بالطلاق في حال لو وطئها حد فصار منفياً عنه بغير لعان.

فأما العدة فالظاهر من مذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابه: أنها تنقضي بالولادة فإن ما تقدم من الشهور أو الأقراء، لأن الاستبراء بالولادة أقوى والعدة تعتبر في الاستبراء بما هو الأقوى؛ لأنها تعتد بالشهور، فإن وجدت الأقراء انتقلت إليها لقوتها فإن وجدت الولادة انتقلت عن الأقراء إليها لقوتها.

قالوا: وليس بتكرار تعتد بوضع الولد لا يلحق به كولد الملاعنة، والذي عندي: أن عدتها قد انقضت بالشهور أو بالأقراء التي كانت قد اعتدت بها دون ما حدث بعدها

(١) انظر المصدر السابق.

من حمل لم يلحق به؛ لأن ما انتفى عنه لعدم الإمكان امتنع أن تنقضي به العدة كزوجة الصغير إذا ولدت بعد موته عنها تعتد بالشهور دون الحمل.

فإن قالوا: ولد الصغير لا يلحق به إذا ادعاه قيل: كذلك هو الوَلَد لا يلحق به لو ادعاه كما لا يحلق بالزاني ما لم يدع نكاحاً أو شبهة، ولو جاز هَذَا لوجب أن لا يحكم لمطلقته بانقضاء العدة ما لم يتزوج حتى تجاوز أربع سنين لجواز أن تضع ولداً وهذا مدفوع.

فأما ولد الملاعنة فالفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لم يحكم بانقضاء عدتها بغيره فجاز أن تقضي عدتها به، وهذه قد حكم بانقضاء عدتها بغيره فلذلك لم تستدم العدة إلى حين وضعه.

والثاني: أن ولد الملاعنة قد نفاه باللعان مع إمكانه، وهذا نفاه الشرع باستحالته فافترقا.

فصل: وإن كان الطلاق رجعياً وهي مسألة الكتاب وقد وضعته لأكثر من أربع سنين ففيه قولان:

أحدهما: وهو الأصح أنه لا يلحق به وينتفي عنه بغير لعان؛ لأنها تحرم عليه قبل الرجعة تحريم المبتوتة فانتفى عنه ولدها لحدوثه بعد التحريم كما ينتفي عنه ولد المبتوتة وتكون عدتها تنقضي على مذهب الشافعي، وجمهور أصحابه بوضع الحمل، وعندي بما تقدم من الشهور والأقراء.

والقول الثاني: أنه يلحق ولد الرجعة وإن لم يلحق به ولد المبتوتة؛ لأن الرجعة بعد الفرقة في حكم الزوجات لوجوب نفقتها، وميراثها، وسقوط الحد في وطئها فكان مخالفتها للمبتوتة في هذه الأحكام موجباً لمخالفتها في لحوق الولد؛ لأن الرجعة زوجة والمبتوتة أجنبية، فعلى هذا اختلف أصحابنا في المدة التي يلحق به الولد بعد أربع سنين، هل تقدر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، أنها غير مقدرة وأنها متى ولدته ولو إلى عشر سنين لحق الولد ما لم تتزوج، وهذا بعيد.

والوجه الثاني: وهو أشبه أنه مقدرة بعد أربع سنين بمدة العدة، لأن الرجعية وإن خالفت المبتوتة في زمان العدة فهي مساوية لها بعد العدة في التحريم، ووجوب الحد في الوطء فصارت بعد انقضاء العدة كالمبتوتة بعد الفرقة فاقتضى أن يعتبر في لحوق ولدها أربع سنين بعد تساويهما، فعلى هذا الوجه إن ولدته لأقل من أربع سنين ومدة العدة لحق به وانقضت به العدة.

وإن ولدته لأكثر من أربع سنين ومدة العدة لم يلحق به وانقضت به العدة على ظاهر مذهب الشافعي وانقضت عندي بما تقدم من العدة.

فصل: فأما المزني فإنه نقل عن الشافعي في هذه المسألة أنه ينتفي عنه باللعان ثم نسب ذلك إلى الغلط في النقل عنه وإنه يجب أن يكون منفياً عنه لا بل اللعان فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزني من الغلط في النقل على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الأمر على ما قاله المزني من الغلط في النقل وإن الربيع نقل عن الشافعي في كتاب الأم أنه منفي عنه لا باللعان وتعليل الشافعي في هذا الموضع دليل عليه كما ذكره المزني: لأنها ولدته بعد الطلاق لما لا يلد له النساء.

قالوا: وإنما التصقت اللام من لا بألف من اللعان فقرىء باللعان.

والوجه الثاني: أن النقل صحيح أنه منفي باللعان ولا حق به إن لم يلتعن، وهذا القول الثاني للشافعي أن ولد الرجعية لاحق بعد أربع سنين فلا ينتفي عنه إلا باللعان، ويكون تعليله بأنها ولدته بعد الطلاق لما لا يلد له النساء يعني في الأغلب يجعل للزوج عذراً في نفيه باللعان، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

فصل: قال المزني: «وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ لَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلَداً فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ بَيْنَهُمَا سَنَةٌ طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ وَحَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ بِالآخرِ وَلَمْ نُلْحِقْ بِهِ الآخَرَ لأَنَّ طَلاَقَهُ وَقَعَ بِوِلاَدَتِهَا ثُمَّ لَمْ يُحْدِثْ لَهَا نِكَاحاً وَلاَ رَجْعَةً وَلَمْ يُقِرَّ بِهِ فَيَلْزَمُهُ إِقْرارهُ فَكَانَ الوَلَدُ مُنْتَفِياً عَنْهُ بِلاَ لِعَانٍ وَغَيْرُ مُمْكِنٍ أَنْ يَكُونَ فِي الظَّاهِرِ مِنْهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ فَوَضْعُهَا لما لاَ يَلِدُ لَهُ النِّسَاءُ مِنْ ذَلِكَ أَبْعَدُ وَبِأَنْ لاَ يَحْتَاجَ إِلَى لِعَانٍ بِهِ أَحَقُّ».

قال الماوردي: وهذه مسألة أوردها المزني احتجاجاً بما ذكره من الغلط في النقل عن الشافعي ونحن نذكر فيه هذه المسألة، وقد تقدم الجواب عن الغلط في النقل، فنقول: إذا قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين، فإن كان بينهما أقل من ستة أشهر فهما من حمل واحد، لأن أقل الحمل إذا كان ستة أشهر كان المولود قبلها متقدم العلوق على ولادة الأول فصارا حملاً واحداً، وإذا كانا حملاً واحداً لحق به جميعاً وطلقت بالأول وانقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به، لأن الولادة بعد الطلاق تنقضي بها العدة فلم يقع الطلاق بما انقضت به العدة لأنه يكون طلاقاً بعد العدة، وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فالطلاق الواقع بالأول في هذه المسألة رجعي،

ولو كان بائناً لم يلحق به الثاني؛ لأنه من حمل حادث بعد وضع الأول الذي صارت به مبتوتة، وكانت بمنزلة المعتدة بالأقراء إذا ولدت لأكثر من أربع سنين، فإذا كان الطلاق الواقع بولادة الأول في هذه المسألة رجعياً، وولدت الثاني لستة أشهر فصاعداً ففي لحوق الثاني به قولان كالمعتدة بالأقراء إذا كانت رجعية وولدت لأكثر من أربع سنين:

أحدهما: لا يلحق به كالمبتوتة.

والثاني: يلحق به، وفي تقدير مدته وجهان على ما مضى:

أحدهما: لا تتقدر واعتباره بأن لا يتزوج.

والثاني: أن تتقدر بمدة العدة على ما ذكرنا من ولادة ذات الأقراء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ ادَّعَتِ المَرْأَةُ أَنَّهُ رَاجَعَهَا فِي العِدَّةِ أَوْ نَكَحَهَا إِنْ كَانَتْ بَائِناً أَوْ أَصَابَهَا وَهِيَ تَرَى أَنَّ لَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةَ لَمْ يَلْزَمْهُ الوَلَدُ وَكَانَتْ اليَمِينُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ حَيًّا وَعَلَى وَرَثَتِهِ عَلَى عِلْمِهِمْ إِنْ كَانَ مَيِّتاً».

قال الماوردي: وصورتها: أن تأتي المطلقة بولد لأكثر من أربع سنين ويحكم بنفيه عنه فتدعي على الزوج أنه راجعها في العدة إن كان الطلاق رجعياً، أو نكحها إن كان الطلاق بائناً أو أصابها في عدة الرجعة فإن النكاح بينهما ثابت، وأن الولد به لاحق فهذه دعوى مسموعة، وللزوج حالتان: حي، وميت، فإن كان حياً سئل عنها فإن صدقها ثبت نكاحها واستحقت في العقد المهر والنفقة بالرجعة ولحق به الولد إن صدقها على ولادته، وإن أنكر أنها ولدته وأنها التقطته كلفت البينة على ولادته شاهدين، أو شاهد وامرأتين، أو أربع نسوة يشهدن لها على ولادته فإن أقامتها ثبت نسب الولد، ولم ينتف عنه إلا باللعان، وإن عدمتها حلف الزوج إنها لم تلده وانتفى عنه نسبه، فإن نكل عن اليمين ردت عليها، فإن حلفت ثبت نسب الولد ولم ينتف عنه إلا باللعان، وإن نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد أم لا؟ على وجهين مضيا في الرهن واللعان.

وإن أنكر الزوج ما ادعته من النكاح، أو الرجعة فالقول قوله مع يمينه وإن عدمت الزوجة البينة، والبينة شاهدان عدلان، فإن عدمت البينة وحلف الزوج فلا نكاح ولا رجعة والولد منفي عنه نفي لعان، وإن نكل ردت اليمين عليها فإذا حلفت حكم لها بالمهر والنفقة في النكاح، والنفقة وحدها في الرجعة ولحق به الولد وإن نكلت فلا مهر لها ولا نفقة، وفي وقوف نسب الولد على يمينه بعد بلوغه وجهان.

فصل: وإن كان الزوج ميتاً سمعت الدعوى على وارثه، وإن كان واحداً أو على جماعتهم إن كانوا عدداً، فإن كان واحداً وصدقها كان كتصديق الزوج في ثبوت ما ادعته من المهر والنفقة، ولحوق نسب الولد، ولها الميراث.

فأما ميراث الولد فينظر في الوارث المصدق فإن كان ممن لا يحجب بالولد كالابن ورث الولد المستحق، وإن كان ممن يحجب به كالأخ ثبت فيه نسب الولد، ولم يرث لما في توريثه من حجب المقر وإبطال إقراره بحجبه، وإن أنكر الوارث ما ادعته حلف على العلم، وإن كانت يمين الزوج على البت لأن الزوج ينفي بيمينه فعل نفسه فحلف على البت والوارث ينفي يمينه فعل غيره فحلف على العلم، فإن حلف أو نكل كان كالزوج إن حلف أو نكل وقام فيها مقام الزوج إلا في شيئين:

أحدهما: في صفة اليمين فإنها من الزوج على البت ومن الوارث على العلم.

والثاني: في نفي الولد باللعان إن ثبت نسبه فإن للزوج نفيه وليس للوارث نفيه وإن كان الورثة جماعة سمعت الدعوى على جميعهم ولهم فيها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقوها جميعاً عليها فيكون كتصديق الواحد لها في لحوق النسب واستحقاق الميراث مع المهر والنفقة.

والحال الثانية: أن يكذبوها جميعاً فعليهم اليمين فإن حلفوا أو نكلوا كانوا كالواحد إذا حلف أو نكل.

والحال الثالثة: أن يصدقها بعضهم ويكذبها بعضهم فاللمكذب حالتان:

أحدهما: أن يحلف .

والثانية: أن ينكل.

فإن حلف انتفى نسب الولد، لأنه لا يثبت بتصديق بعض الورثة ولم يلزم المكذب مهراً، ولا نفقة، ولا ميراثاً، فأما المصدق فيلزمه المهر، والنفقة بقدر حقه ولا يلزمه من ميراث الابن شيء وفي التزامه من ميراث الزوجة بقسطه وجهان ذكرناهما في كتاب الإقرار وإن نكل المكذب عن اليمين ردت على الزوجة، فإن حلفت ثبت ما ادعت وصار كما لو صدقها جميعهم في ثبوت النسب واستحقاق الميراث مع المهر، والنفقة، وإن نكلت كان نكولها في حقها كما لو حلفت المكذب فلا تستحق في حصته شيئاً وتستحق على المصدق من المهر والنفقة بقدر حقه وفي ميراثه بقدر حقه وجهان.

فأما في حق الولد، فهل يوجب نكولها عن اليمين وقوفها على بلوغ الولد أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: لا يوقف فعلى هذا يثبت نسبه، ولا يرث، ولا يؤثر فيه تصديق من صدق مع تكذيب من كذب.

والوجه الثاني: توقف عليه، فإن حلف ثبت نسبه، وورث من صدق وكذب، وإن نكل لم يثبت نسبه ولم يرث من حق من صدق وكذب، فهذا حكم المسألة إن كانت دعواهما لرجعة أو نكاح.

فأما إن كانت لواطىء شبهة فإنها تقصر عن دعوى الرجعة والعقد في حقين:

أحدهما: ميراثها فإن الموطوءة بشبهة لا ميراث لها.

والثاني: في النفقة فإن الموطوءة بشبهة لا نفقة لها إن كانت حائلاً، وفي نفقتها إن كانت حاملاً قولان، وهي فيما سوى هذين من لحوق النسب واستحقاق مهر المثل على ما مضى تقسيماً وحكماً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ نَكَحَ فِي العِدَّةِ وَأُصِيبَتْ فَوَضَعَتْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ نِكَاحِ الآخَرِ وَتَمَامِ أَرْبَعِ سِنِين مِنْ فِرَاقِ الأَوَّلِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَلَوْ كَانَ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِين مِنْ فِرَاقِ الأَوَّلِ لَمْ يَكُنْ ابْنَ وَاحِدٍ لأَنَّهُ لَمْ يُمْكِنْ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ فَهَذَا قَدْ نَفَاهُ بِلاَ لِعَانٍ فَهَذَا وَالَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في معتدة من طلاق نكحت في عدتها زوجاً، فالنكاح باطل لتحريمها على الأزواج مع بقاء العدة ولها حالتان:

أحدهما: أن لا يدخل بها الزوج فتكون سارية في عدتها غير أن ما أقدمت عليه في العقد قد أسقط نفقتها إن كانت رجعية وسكناها إن كانت بائنة، لأنها قصدت بذلك إسقاط حق المطلق فسقط حقها عن المطلق.

والحال الثانية: أن يدخل بها الزوج الثاني، فلها حالتان:

أحدهما: أن يعلما التحريم فيكون الحد عليها واجباً لارتفاع الشبهة بعلمها بالتحريم وتسري في عدتها ولا تنقطع بهذا الوطء لأنها لم تصر به فراشاً وإن جاءت بولد لم يلحق بالثاني ولحق بالأول إن أمكن أن يكون منه.

والحال الثانية: أن يجهلا التحريم فلا حد عليها للشبهة، وقدصارت فراشاً للثاني بالإصابة وخرجت من عدة الأول؛ لأنه لا يجوز أن تكون فراشاً لواحد ومعتدة من آخر ووجبت أن يفرق بينهما وبين الثاني، فإذا فرق بينهما فعليها أن تتم عدة الأول ثم تعتد من إصابة الثاني فيجتمع عليها عدتان، ولها حالتان حائل، وحامل.

فإن كانت حائلاً فالعدتان بالأقراء فتقدم عدة الأول على عدة الثاني لتقدم وجوبها

ولاستحقاقها عن عقد صحيح وتبني عدة على ما مضى منها، فإن كان الماضي منها قبل إصابة الثاني قرءاً اعتدت بقرأين، وإن كان الماضي منها قرأين اعتدت بقرء لتستكمل ثلاثة أقراء فإذا استكملتها اعتدت من الثاني ثلاثة أقراء ويجوز للأول أن يرتجعها في زمان عدتها منه إن كان طلاقها رجعياً وهي محرمة عليه بعد الرجعة حتى تنقضي عدة الثاني وليس عليه فيها نفقة لتحريمها عليه ولا على الثاني لفساد عقده فإن لم يرتجعها الأول في زمان عدته كان الثاني أن يتزوجها في زمان عدته، وإن لم يجز لغيره أن يتزوجها ويسقط عنها بقية عدته إنْ تزوجها.

وأن كانت حاملاً فلا يخلو حال الحمل من أربعة أقسام:

أحدها: أن تلحق بالأول دون الثاني.

والثاني: أن تلحق بالثاني دون الأول.

والقسم الثالث: أن لا تلحق بواحد منهما.

والقسم الرابع: أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما.

فأما القسم الأول فهو أن يلحق بالأول دون الثاني فهو أن تضعه لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من دخول الثاني فهو لاحق بالأول، وتنقضي عدتها منه بوضعه وعليها أن تعتد بعده من إصابة الثاني بثلاثة أقراء.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون لاحقاً بالثاني دون الأول فهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولستة أشهر فصاعداً من دخول الثاني، فإن كان طلاق الأول بائناً فهو لاحق بالثاني دون الأول، وتنقضي عدتها في الثاني بوضعه وتأتي بعده بما بقي من عدة الاول وبعد تقدمة عدة الثاني على عدة الاول لاجل لحوق الحمل به، لأنه لا يجوز أن يلحق الحمل بشخص تنقضي به عدة غيره فلأجل ذلك قدمت عدة الثاني على عدة لأول وإن كان طلاق الأول رجعياً فعلى ما قدمناه من القولين في ولد الرجعية بعد أربع سنين هل يلحق بالمطلق أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يلحق به فعلى هذا يكون لاحقاً بالثاني وتنقضي عدتها منه بوضعه وتأتي بعده بما بقي في عدة الأول، وللأول أن يراجعها بعد من البقية من عدته، وهل له أن يراجعها قبل وضعها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يراجعها، لأنها في عدة من غيره.

والوجه الثاني: يجوز له أن يراجعها لما بقي عليها في عدته.

والقول الثاني: أن ولد الرجعية بعد أربع سنين لاحق بالمطلقة، فعلى هذا يمكن أن يكون لاحقاً بكل واحد منهما فيكون على ما سنذكره في القسم الرابع من ادعاء

القافة له، ويجوز هنا للأول أن يراجعها في مدة الحمل؛ لأننا لم نحكم به لغيره.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يلحق بواحد منهما فهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من دخول الثاني، فإن كان طلاق الأول بائناً لم يلحق بواحد منهما ولم تنقض به عدة واحد منهما بوفاق أصحابنا؛ لأنه غير لاحق بأحدهما، وهذا دليل على صحة ما قلته من قبل: إنه إذا لم يلحق بالمطلق لم تنقضِ به عدته، وقد ذكر أصحابنا أنها تنقضي وإن كان طلاق الأول رجعياً فعلى قولين:

أحدهما: أن حكمه كذلك لا يلحق بواحد منهما، ولا يعتد به من أحدهما، وعليها أن تتم عدة الأول وله مراجعتها فيها ثم تستأنف عدة الثاني وله أن يتزوجها فيها ويكون الولد ولد زنى.

والقول الثاني: أن الولد يلحق بالأول وتنقضي به عدتها ثم تستأنف بعد ولادته عدة الثاني بالأقراء ويكون على ما مضى في القسم الأول.

فأما القسم الرابع: وهو أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما؛ فهو أن تضعه لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولستة أشهر فصاعداً من دخول الثاني فندعي له القافة فإن ألحقوه بالأول كان كالقسم الأول، وإن ألحقوه بالثاني كان كالقسم الثاني وإن أشكل على القافة أو عدموا وقف إلى زمان الانتساب حتى ينتسب بطبعه إلى أبيه منهما، وتنقضي إحدى العدتين بوضعه وإن لم يتعين لوقته فتأتي بالعدة الثانية بثلاثة أقراء استظهاراً؛ لأنه لحق بالأول كان عليها ثلاثة أقراء للثاني وإن لحق بالثاني كان عليها بقية عدة الأول فصارت الثلاثة الأقراء احتياطاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قِيلَ فَكَيْفَ لَمْ يَنْفِ الوَلَدَ إِذَا أَقَرَّتْ أُمَّهُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ وَلَدَتْ لأَكْثَر مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بَعْـدَ إِقْرَارِهَا؟ قِيلَ لَمَّا أَمْكَنَ أَنْ تَحِيضَ وَهِيَ حَامِلٌ فَتُقِرَّ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ وَالحَمْلُ قَائِمٌ لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الوَلَدِ بِإِقْرَارِهَا بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ وأَلْزَمْنَاهُ الأَبَ مَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ حَمْلاً مِنْهُ وَكَانَ الَّذِي يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ وَلاَ يَمْلِكُهَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ لأَنَّ كِلْتَيْهِمَا تَحِلاَّنِ بِانْقِضَاءِ لِلأَزْوَاجِ وَقَالَ فِي بَابُ اجْتِمَاعِ العِدَّتَيْنِ وَالقَافَةِ إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا الأَوَّلُ إِنْ كَانَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ دَعَا لَه القَافَةَ وَإِنْ كَانَ لاَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهُوَ لِلثَّانِي (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ فَجَمَعَ بَيْنَ مَنْ لَهُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا وَمَنْ لاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا فِي بَابِ المَدْخُولِ بِهَا وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنْ تَحِلَّ فِي بَابِ اجْتِمَاعِ العِدَّتَيْنِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

قال الماوردي: وصورتها في مطلقة أقرت بانقضاء عدتها بالشهور، أو الأقراء

في طلاق بائن أو رجعي ثم وضعت ولداً، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق كان لاحقاً بالزوج إجماعاً، وإن وضعته لستة أشهر فصاعداً أو إلى أربع سنين، وهي خلية من زوج فمذهب الشافعي أنه لاحق بالمطلق ولا يكون إقرارها بانقضاء العدة مبطلاً لنسبه.

وقال أبو حنيفة: لا يلحق به وتابعه ابن سريج استدلالاً بأن الحكم بانقضاء، عدتها قد أباحها للأزواج فانقطعت به أسباب الأول فلو لحق به الولد لما كانت أسبابه منقطعة ولما كانت مباحة للأزواج ولنقضنا حكماً قد نفذ على الصحة بأمر محتمل ومجوز وهذا كله غير جائز فامتنع به لحوق الولد.

وتحريره قياساً: أنها أتت بولد بعد ارتفاع الفراش وانقطاع أحكامه فوجب أن لا يلحق به كما لو وضعته لأكثر من أربع سنين، ولأنها مؤتمنة على عدتها ومصدقة في انقضائها فوجب أن لا يحكم بإبطالها من لم يتحقق كذبها اعتباراً بسائر الأمناء وفي لحوق الولد به تكذيب لها في انقضاء عدتها؛ ولأنها أتت بعد انقضاء عدتها بحمل تمام فوجب أن لا يلحق به كما لو تزوجت ثم وضعته لتمام.

قال ابن سريج: ولأنه لما انتفى عنه ولد أمته إذا وضعته لستة أشهر بعد استبرائها وجب أن ينتفي عنه حمل زوجته إذا وضعته لستة أشهر بعد عدتها.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1] ومعلوم أنه ليس الخبر مقصوراً على أن تلده على فراشه، لأنها لو ولدته بعد ارتفاع الفراش لأقل من ستة أشهر لحق به فدل على أن المراد به أن يكون قد حملت به على فراشه، وهذا الولد يمكن أن يكون قد حملت به على فراشه، فوجب بظاهر الخبر أن يكون لاحقاً به، ولأن العدة تنقضي بالشهور تارة وبالأقراء تارة أخرى ثم وافقونا أن انقضاء عدتها بالشهور لا تمنع من لحوق الولد فكذلك إذا انقضت بالأقراء.

ويتحرر من ذلك قياسان:

أحدهما: أن كل ولد لحق بالإمكان إذا انقضت العدة بالشهور لحق بالإمكان إذا انقضت العدة بالأقراء كالمولود لأقل من ستة أشهر.

والثاني: أن كل ولد لحق لأقل من ستة أشهر بعد العدة جاز أن يلحق لأكثر من ستة أشهر بعد العدة كالمعتدة بالشهور، ولأن الولد في الابتداء يلحق بالإمكان إذا وضعته لأقل الحمل فوجب أن يلحق في الانتهاء لإمكان إذا وضعته لأكثر الحمل

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٢/٥) ومسلم (الرضاع ـ ٣٦) وأبو داود (٢٢٧٣) والترمذي (١١٥٧) والنسائي (الطلاق ب ـ ٤٩) وابن ماجه (٢٠٠٦) واحمد (٥٩/١)ب والدارمي (١٥٢/٢) والشافعي (١٨٨) والبيهقي (٨٦/٦) والحميدي (١٠٨٥) والطبراني (٢٩٧/١٠) وعبد الرزاق (٥٨٠٠) وسعيد بن منصور (٤٢٧) والطحاوي (١٠٤/٣) وأبو نعيم (١٦٧/٢).

ولأنها قد تحيض على الحمل فإذا أقرت بانقضاء العدة على الظاهر من حيضها لم يوجب إقرارها انتفاء النسب في حق ولدها وهو استدلال الشافعي.

وتحريره قياساً: أنه إلحاق ولد بحكم الفراش فلم يختلف حكمه بإقرار المفترشة.

أصله: إذا أقرت بما يتضمن نفي النسب مع بقاء الفراش.

فأما الجواب عن استدلالهم بما حكم به من انقضاء عدتها، وإباحتها للأزواج فلم تنقض بالجواز فمن وجهين:

أحدهما: أننا حكمنا بانقضائها في الظاهر ثم حدث من حملها ما خالف الظاهر فجاز أن ينقضي كما لو ولدته لأقل من ستة أشهر.

والثاني: إنه لما لم يمنع ذلك من نقضها إذا انقضت بالشهور لم يمنع من نقضها إذا انقضت بالأقراء، وبمثله يجاب عن الاستدلال بقولهم إنها مؤتمنة.

وأما الجواب عن قياسهم: إذا تزوجت فهو أنه لما تقابل بعد تزويجها حكم فراش ثابت وحكم فراش زائل غلب أقواهما، وهو الفراش الثابت فلحق به الولد وإذا لم تتزوج انفرد حكم الفراش الزائل فلحق به الولد.

وأما الجواب عن الاستدلال بولد الأمة فهو أن يتزوج، والمذهب فيه أن الشافعي قال فيه: أنه لا يلحق به إذا ولدته بعد ستة أشهر من استبرائها.

وقال في ولد الحرة: إنه يلحق به إذا ولدته بعد ستة أشهر من انقضاء عدتها، فاختلف أصحابنا فكان ابن سريج يجمع بين الجوابين ويخرجها على اختلاف قولين:

أحدهما: يلحق به ولد الحرة والأمة على ما نصّ عليه في ولد الحرة.

والقول الثاني: لا يلحق به ولد الحرة والأمة على ما نص عليه في ولد الأمة، فعلى هذه التسوية بطل الاستدلال.

وقال سائر أصحابنا: إن الجواب محمول على ظاهر نصه فيه فيلحق به ولد الحرة بعد عدتها ولا يلحق به ولد الأمة بعد استبرائها والفرق بينهما أن ولد الحرة لحق في الابتداء بالإمكان فلحق في الانتهاء بالإمكان وولد الأمة لما لم يلحق في الابتداء بالإمكان حتى يعترف بالوطء لم يلحق في الانتهاء بالإمكان إذا ارتفع حكم الوطء، ثم، يقال لأبي حنيفة أنت تلحق الولد مع عدم الإمكان، وتنفيه مع وجود الإمكان فنقول: فيمن نكح في مجلس الحاكم وطلق فيه أن الولد لاحق به إذا ولد لستة أشهر والعلم محيط أنه ليس منه، وتقول في المطلقة بعد العدة: إن الولد لا يلحق به إذا

ولدته لستة أشهر وإن جاز أن يكون منه وفي هذا من الاستحالة وعكس المعقول ما يمنع من القول به.

فأما قول الشافعي: وكان الذي يملك الرجعة ولا يملكها في ذلك سواء يعني في وضع الولد في نفيه عنه لأكثر من أربع سنين أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا أنهما يستويان في نفي الولد عنه.

والثاني: يفترقان فينفى عنه في البائن ويلحق به في الرجعي لما قدمناه من الفرق بينهما، والله أعلم بالصواب.

باب لَا عِدَّةَ عَلَى الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا زَوْجُهَا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ الآيَةَ قَالَ وَالمَسِيسُ الإِصابَةُ وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَشُرَيْحٍ وَغَيْرُهُمَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا إِلَّا بَالإِصَابَةِ بِعَيْنِهَا لأَنَّ اللَّه تَعَالَى قَالَ هَكَذَا (قال الشافعي) وَهَذَا ظَاهِرُ القُرْآنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ولا يخلو حال المطلقة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تطلق قبل الدخول والخلوة فلا خلاف أنه لا عدة عليها لقول الله: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وليس لها من المهر إلا نصفه لقول الله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

والقسم الثاني: يطلقها بعد الدخول بها فلا خلاف أن عليها العدة، ولها جميع المهر كاملاً لدليل الخطاب في الآيتين.

والقسم الثالث: أن يطلقها بعد الخلوة وقبل الدخول، فقد اختلف الفقهاء في وجوب العدة، وكمال المهر، على ثلاثة مذاهب:

أحدها: ـ وهو مذهب أبي حنيفة ـ أن الخلوة كالدخول في وجوب العدة وكمال المهر، وبه قال الشافعي في بعض القديم.

والثاني: وهو مذهب مالك أنها لا توجب العدة ولا يكمل بها المهر لكن يكون لمدعي الإصابة منهما، وبه قال الشافعي في بعض القديم.

والثالث: وهو مذهب الشافعي في الجديد والمعمول عليه من قوله أن الخلوة لا توجب العدة ولا يكمل بها المهر بخلاف ما قال أبو حنيفة، ولا تكون لمدعي الإصابة بخلاف ما قال مالك ويكون وجودها في العدة والمهر كعدمها، وقد مضى في كتاب الصداق من توجيه الأقاويل وحجاج المخالف ما أغنى عن الإعادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ وَلَدَتِ الَّتِي قَالَ زَوْجُهَا لَمْ أَدْخُلْ بِهَا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ لأَكْثَرَ مَا يَلِدُ لَهُ النِّسَاءُ مِنْ يَوْمِ عَقَدَ نِكَاحَهَا لَحِقَ نَسَبُهُ وَعَلَيْهِ المَهْرُ إِذَا أَلْزَمْنَاهُ الوَلَدَ حَكَمْنَا عَلَيْهِ بِأَنَّهُ مُصِيبٌ مَا لَمْ تَنْكِحْ زَوْجاً غَيْرَهُ وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ».

قال الماوردي: وصورتها في المطلق إذا أنكر الإصابة فجعلنا القول قوله مع يمينه ولم يحكم لها إلا بنصف المهر، إما مع عدم الخلوة قولاً واحداً، وإما مع وجودها على أصح الأقاويل ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من يوم العقد ولأربع سنين فما دونها من يوم الطلاق فالولد لاحق به إن صدقها على ولادته لقوله ﷺ : «الولد للفراش» ولا ينتفي عنه باللعان وإن أكذبها وادعى أنها التقطته حلف وهو منفي عنه بغير لعان إلا أن تقيم البينة على ولادته فيصير لاحقاً به إلا أن ينفيه باللعان فأما استكمال المهر فمعتبر بما تدعيه الزوجة من علوق الولد فإن وافقته على عدم الإصابة وادعت أنها علقت باستدخال مائه قبل قولها ولم يكمل مهرها مع عدم الإصابة، وإن أكذبته وادعت الإصابة، فهل تكون ولادتها دليلاً على صدقها في الدخول واستكمال المهر بالإصابة أم لا؟ معتبر بحال الولد اللاحق للنسب، فإنه لا يخلو من أحد أمرين.

إما أن يقر على نسبه، أو ينفي نسبه باللعان.

فإن أقر على نسبه فالذي نقل المزني والربيع أنه يحكم لها بالإصابة وكمال المهر؛ لأن لحوق الولد به شاهد لها على إصابته قال الربيع: وفيها قول آخر: أنه لا يحكم لها بالإصابة ولا تستحق من المهر إلا نصفه. لأنه قد تجوز أن يكون علوقها به من استدخال مائه فلم يحكم باستكمال المهر مع الشك في استحقاقه فاختلف أصحابنا في هذا القول الذي تفرد به الربيع هل قاله تخريجاً لنفسه أو نقلاً عن الشافعي على وجهين:

أحدهما: أنه قاله تخريجاً لنفسه لأنه لم يجد للشافعي في شيء من كتبه ولا وجه لتخريجه؛ وأن ظاهر الحكم محمول عل غالب الحال دون نادرها، والغالب من علوق الولد أنه يكون من الوطء دون الاستدخال فوجب أن يكون محمولاً عليه وشاهداً فيه.

والوجه الثاني: أنه قال نقلاً عن الشافعي؛ ؛ لأنه راوي أقاويله، وحاكي مذاهبه، فعلى هذا اختلف أصحابنا، هل يحمل ذلك على اختلاف قولين أو على اختلاف حالين؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه محمول على اختلاف قولين:

أحدهما: يكمل به المهر على ما نقله المزني.

والثاني: لا يكمل به المهر على ما حكاه الربيع.

والوجه الثاني: وحكاه أبو إسحاق المروزي أنه محمول على اختلاف حالين لا على اختلاف قولين فرواية المزني أنه يكمل به المهر إذا كانت الولادة بعد إنكار الزوج للإصابة وقبل اختلافه عليها؛ لأن الحكم فيها لم ينبرم ورواية الربيع أن المهر لا يكمل

إذا كانت الولادة بعد إحلافه عليها انبرام الحكم فيها فلم يتعقب بنقض، وإن كان الولد قد نفاه باللعان، فقد قال أبو حامد الإسفراييني إن نفيه باللعان كجحوده لولادته ويصير كاختلافهما لو لم تأت بولد فلا يكون لها من المهر إلا نصفه وسوى بين جحوده وولادته وبين فيه، وهذا ليس بصحيح عندي بل حكم نسبه قد ثبت فتثبت به الولادة، وإنما استأنف نفيه بعد لحوقه فلم يجز أن يكون مساوياً لمن لم يلحق نسبه فاقتضى أن يستكمل به مهرها على ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ خَلاَ بِهَا فَقَالَ لَمْ أُصِبْهَا وَقَالَتْ قَدْ أَصَابَنِي وَلاَ وَلَدَ فَهِيَ مُدَّعِيَةٌ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ»..

قال الماوردي: وهذا صحيح، واختلاف الزوجين في الإصابة على ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الخلوة فيكون القول قول من أنكر الإصابة منهما مع يمينه فإن كان هو الزوج فلا نفقة عليه ولا يلزمه من المهر إلا نصفه وعليها العدة بإقرارها، وإن كانت الزوجة فلا عدة عليها ولا نفقة لها.

فأما المهر فإن كان في يدها لم يسترجع الزوج منه شيئاً؛ لأنه لا يدعيه وإن كان في يده لم يأخذ إلا نصفه لأنها لا تدعي أكثر منه.

والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما في الإصابة بعد الخلوة ففيه قولان:

أحدهما: وهو على قوله في الجديد أن القول قول منكرها مع يمينه.

والثاني: وهوعلى قوله في القديم أن القول قول مدعيها وفي وجوبها اليمين عليه قولان:

أحدهما: لا يمين عليه إذا قيل: إن الخلوة كالإصابة.

والثاني: أن عليه اليمين إذا قيل إن الخلوة يد لمدعي الإصابة، فإذا قيل: إن القول قول المنكر فالجواب على ما مضى عند عدم الخلوة في اعتبار حال من أنكر من الزوج أو الزوجة.

وإن قيل إن القول قول المدعي لم يخل أن يكون الزوج أو الزوجة، فإن كان هو الزوج فعليها إذا حلف العدة، وله عليها الرجعة ولها عليه النفقة، لأنها وإن أنكرت الإصابة الموجبة للنفقة فقد منعت بالعدة من الزوج فاستحقت بالمنع النفقة.

فأما المهر فإن كان في يدها لم يسترجع الزوج شيئاً منه، وإن كان في يده لم تأخذ إلا نصفه، و إن كان المدعي هي الزوجة فلها إذا حلفت جميع المهر والنفقة وعليها العدة ولا رجعة للزوج؛ لأنه ينكرها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِنْ جَاءَتْ بِشَاهِدٍ بِإِقْرَارِهِ أَحْلَفْتُهَا مَعَ شَاهِدِهَا وَأَعْطَيْتُهَا الصَّدَاقَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا جعل القول في الإصابة قول منكرها إما مع عدم الخلوة قولاً واحداً وإما مع وجودها على أحد القولين، فإن أراد مدعي الإصابة أن يقيم البينة على منكرها لم يخل من أن يكون هو الزوج أو الزوجة، وإن كانت الزوجة هي المدعية حكم لها في الإصابة بإقراره بشاهد ويمين، وإن كان الزوج هو المدعي لم يحكم له في الإصابة بإقرارها إلا بشاهدين.

والفرق بينهما: أن دعوى الزوجة للإصابة مقصورة على المال في استكمال الصداق واستحقاق النفقة، والمال يحكم فيه بشاهد ويمين ودعوى الزوج في الإصابة مقصورة على وجوب العدة واستحقاق الرجعة، وذلك لا يثبت إلا بشاهدين والله أعلم بالصواب.

بَـابُ العِدَّةِ مِنَ المَوْتِ وَالطَّلَاقِ وَزَوْجٍ غائِبٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «وَإِذَا عَلِمَتِ المَرْأَةُ يَقِينَ مَوْتِ زَوْجِهَا أَوْ طَلَاقَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ أَيِّ عِلْمٍ اعْتَدَّتْ مِنْ يَوْمِ كَانَتْ فِيهِ الوَفَاةُ وَالطَّلَاقُ وَإِنْ لَمْ تَعْتَدَّ حَتَّى تَمْضِي العِدَّةُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا غَيْرُهَا لأَنَّهَا مُدَّةٌ وَقَدْ مَرَّتْ عَلَيْهَا وَقَدْ رُوِيَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «تَعْتَدُّ مِنْ يَوْمِ تَكُونُ الوَفَاةُ أَوِ الطَّلَاقُ» وَهُوَ قَوْلُ عَطَاء وَابْنُ المُسَيَّبِ وَالزُّهْرِيِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا غاب الزوج عن امرأته ثم طلق، أو مات في غيبته فعدتها إذا علمت بطلاقها أو موته من حين الطلاق أو الموت لا من وقت العلم بذلك، وسواء علمت ذلك ببينة أو خبر.

وبه قال أكثر الصحابة والتابعين والفقهاء، وحكي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن أول عدتها من وقت علمها بطلاقه أو موته، ولا تعتد بما مضى سواء علمت ببينة أو خبر.

وبه قال داود. وقال عمر بن عبد العزيز إن علمت ذلك ببينة اعتدت بما مضى، وإن علمته بخبر اعتدت من وقتها استدلالاً بقول الله سبحانه ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والتربص فعل منها مقصود فخرج ما تقدم منه، وبما روي أن فريعة بنت مالك قتل زوجها في سفر بالقدوم فلما علمت بقتله أتت النبي ﷺ فأخبرته فقال لها: امكثي في بيتك أربعة أشهر وعشراً[1] فأمرها باستئناف العدة لوقتها ولم يعتبر بها ما مضى، ولأنها مأمورة في العدة بالإحداد، واجتناب الطيب وأن لا تخرج عن مسكنها، وهي قبل علمها غير قاصدة لأحكام العدة فلذلك لم تكن في عدة.

ودليلنا قول الله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي في الوقت الذي تعتدن فيه فدل على اتصال العدة بالطلاق، ولأنها لو وضعت حملها انقضت به عدتها، وإن

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٩١) وأبو داود (٢٣٠٠) والترمذي (١/ ٢٢٧) والدارمي (٢/ ١٦٨) والشافعي (١٧٠٤) والبيهقي (٧/ ٤٣٤)

لم تعلم بطلاقها كذلك إذا أمضت أقراءها وشهورها، ولأنه لا يخلو حالها قبل علمها بطلاقها من أن تكون زوجة أو مطلقة فبطل أن تكون زوجة لأنه لو مات لم ترثه فثبت انها مطلقة، والمطلقة لا يخلو أن يجري عليها حكم العدة او لا يجري عليها فبطل أن لا يجري عليها، لأنها لو تزوجت غيره بطل نكاحها، وإذا جرى عليها حكم العدة وجب أن تجريها عليها كالعالمة ولأن العدة هي التربص بنفسها عن الأزواج في المدة المقدرة لها وذلك موجود وإن لم تعلم فلم يكن فقد العلم مؤثراً كالصغيرة والمجنونة؛ لأن النية فيها غير معتبرة، ولأنها لو علمت فنوت أنها غير معتدة وتركت الإحداد، واستعملت الطيب وخرجت من منزلها، ولم تتزوج حتى مضت مدة العدة أجزأتها، وإن كانت عاصية فيما فعلت واعتقدت، والتي لم تعلم غير عاصية فكان بأن يجزها أولى.

فأما الجواب عن الآية فهو وجود التربص المأمور به فيها مع العلم والجهل فاقتضى إجزاءه في الحالين.

وأما الجواب عن حديث فريعة فهو أن أمرها بالمكث يحتمل الابتداء، ويحتمل الاستدامة، فلم يكن فيه مع الاحتمال دليل.

وأما الجواب عن استدلالهم فإنها غير قاصدة للعدة فهو أن القصد غير معتبر بما ذكرنا والإحداد ليس بشرط فيها على ما وصفنا وليس للجهل بحالها تأثير إلا في العقد الذي لا يعتبر وترك الإحداد الذي لا يشترط فصح الإجزاء والله أعلم.

بَـابٌ فِي عِدَّةِ الأَمَةِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَ الأَحْرَارِ وَالعَبِيدِ فِي حَدِّ الزِّنَا فَقَالَ فِي الإِمَاءِ **﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ﴾** الآيَةَ وَقَالَ تَعَالَى **﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾** وَذَكَرَ المَوَارِيثَ فَلَمْ يَخْتَلِفْ أَحَدٌ لَقِيتُهُ أَنَّ ذَلِكَ فِي الأَحْرَارِ دُونَ العَبِيدِ وَفَرَضَ اللَّهُ العِدَّةَ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ وَفِي المَوْتِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً وَسَنَّ ﷺ أَنْ تسْتَبْرَأَ الأَمَةُ بِحَيْضَةٍ وَكَانَتْ العِدَّةُ فِي الحَرَائِرِ اسْتِبْرَاءً وَتَعَبُّداً وَلَمْ أَعْلَمْ مُخَالِفاً مِمَّنْ حَفِظْتُ عَنهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ فِي أَنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الحُرَّةِ فِيمَا لَهُ نِصْفُ مَعْدُودٍ فَلَمْ يَجُزْ إِذَا وَجَدْنَا مَا وَصَفْنَا مِنَ الدَّلاَئِلِ عَلَى الفَرْقِ فِيمَا ذَكَرْنَا وَغَيْرِهِ إِلاَّ أَنْ نَجْعَلَ عِدَّةَ الأَمَةِ نِصْفَ عِدَّةِ الحُرَّةِ فِيمَا لَهُ نِصْفٌ فَأَمَّا الحَيْضَةُ فَلا يُعْرَفُ لَهَا نِصْفٌ فَتَكُونَ عِدَّتُهَا فِيهِ أَقْرَبَ الأَشْيَاءِ مِنَ النِّصْفِ إِذَا لَمْ يَسْقُطْ مِنَ النِّصْفِ شَيْءٌ وَذَلِكَ حَيْضَتَانِ. وَأَمَّا الحَمْلُ فَلاَ نِصفَ لَهُ كَمَا لَمْ يَكُنْ لِلْقَطْعِ نِصْفٌ فَقَطَعَ العَبْدُ وَالحُرُّ قَالَ عَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُطَلِّقُ العَبْدُ تَطْلِيقَتَيْنِ وَتَعْتَدُّ الأَمَةُ حَيْضَتَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَحِضْ فَشَهْرَيْن أَوْ شَهْراً وَنِصْفاً».

قال الماوردي: إذا طلقت الأمة فعليها العدة والعدة على ثلاثة أقسام: عدة بالحمل، وعدة بالأقراء وعدة بالشهور.

فأما العدة بالحمل فتستوي فيه الحرة والأمة فلا تنقضي عدتها إلا بوضع الحمل لقـول الله : **﴿وَأُولاَتُ الأَحْمَـالِ أَجَلُهُـنَّ أَنْ يَضَعْـنَ حَمْلَهُـنَّ﴾** [الطـلاق: ٤] ولقـول النبي ﷺ: «عدة كل ذات حمل أن تضع حملها» ولأن موضع العدة لاستبراء الرحم، ولا يبرأ رحم الحامل إلا بالولادة فاستوت فيه الحرة والأمة وأما العدة بالأقراء، فعدة الأمة قرءان بخلاف الحرة.

وبه قال مالك، وأبو حنيفة وهو قول جمهور الصحابة والتابعين.

وقال داود وأهل الظاهر: عدتها ثلاثة أقراء كالحرة استدلالاً بقول الله تعالى: **﴿وَالمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ﴾** [البقرة: ٢٢٨] ولم يفرق بين حرة وأمة، كما لم يفرق بين مسلمة وذمية، ولأن الأمة لما ساوت الحرة في العدة بالحمل وجب

أن تساويها في العدة بالأقراء، لأنها عندنا فرقة واحدة؛ ولأن الأمة مساوية للحرة في أحكام النكاح من المهر والنفقة، والكسوة، والسكنى فوجب أن تساويها في عدة النكاح.

ودليلنا رواية نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين».

وروى مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان» وحديث ابن عمر أثبت؛ لأن في حديث مظاهر بن أسلم التواء، ولأنه إجماع الصحابة.

وروي عن عمر قال: يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين، ووافقه علي، وابن عمر رضي الله تعالى عنهم وليس لهم في الصحابة مخالف فكان إجماعاً، ولأن الاستبراء موضوع على التفاضل فيما عدا بحسب التفاضل في المستبرأ؛ لأن استبراء الأمة في الملك بحيضة واحدة لنقصها بالرق وعدم العقد واستبراء الحرة بثلاثة أقراء لكمالها بالحرية والعقد ونكاح الأمة منزل منها؛ لأنها قد ساوت الحرة في العقد، وشاركت الأمة في الرق فصارت مقتصرة عن الحرة بالرق ومتقدمة على الأمة بالعقد، فوجب أن يكون بين منزلتيهما في الحرمة فتزيد على الأمة قرءاً بالعقد، وتنقص عن الحرة قرءاً بالرق فيكون عليها قرءان.

فأما الآية فمخصوصة العموم بما ذكرنا.

وأما الحمل فإنما ساوت الأمة فيه الحرة لأنه لا يتجزأ.

وأما أحكام النكاح فهي في أكثرها مخالفة للحرة، وكذلك في أكثر العدة.

فصل: وأما عدة الأمة بالشهور فعدة وفاة، وعدة طلاق.

فأما عدة الوفاة فعليها نصف ما على الحرة شهران وخمس ليال، لأن عدة الحرة أربعة أشهر وعشر، وهذا مما لم يختلف فيه قول الشافعي.

وأما عدة الطلاق عند عدم الأقراء لصغر أو إياس فهي ثلاثة أشهر على الحرة؛ وفيما تعتد به الأمة منها ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو أقيس أنها تعتد بنصفها، شهراً ونصفاً ليجزئها على الصحة كالعدة من الموت.

والقول الثاني: تعتد شهرين بدلاً من قرأين، لأن كل شهر في مقابله قرء.

والقول الثالث: وهو أحوط أنها تعتد بثلاثة أشهر؛ لأنه أقل الزمان الذي يظهر فيه استبراء الرحم.

وروي أن النبي ﷺ أنه قال: «يكون خلق أحدكم في بطن أمة أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين يوماً علقة، ثم أربعين يوماً مضغة» وهو في حال المضغة يتخلق ويتصور وتظهر أماراته من الحركة ومن غلط الجوف، وذلك عند انقضاء الشهر الثالث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أُعْتِقَتْ الأَمَةُ قَبْلَ مُضِيِّ العِدَّةِ أَكْمَلَتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ لأَنَّ العِتْقَ وَقَعَ وَهِيَ فِي مَعَانِي الأَزْوَاجِ فِي عَامَّةِ أَمْرِهَا وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّتِهَا بِالْحُرِّيَّةِ».

قال الماوردي: وصورتها في أمة طلقها زوجها، وأعتقها سيدها فعليها العدة من طلاق الزوج ولا استبراء عليها من عتق السيد، ولا يخلو حال العتـق والطلاق من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقدم العتق على الطلاق فعليها عدة حرة لوقوع الطلاق عليها، وهي حرة.

والقسم الثاني: أن يقع الطلاق والعتق معاً في حالة واحدة لا يتقدم أحدهما على الآخر وذلك من أحد ثلاثة أوجه.

إما بأن يقول الزوج لها: إذا أعتقت فأنت طالق.

وإما بأن يقول السيد لها: إذا طلقت فأنت حرة فيلزمها في اجتماع العتق والطلاق أحد هذه الوجوه أن تعتد عدة حرة؛ لأنها لم تعتد بالعدة إلا وهي حرة.

والقسم الثالث: أن يتقدم الطلاق على العتق، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقع العتق بعد انقضاء العدة على حكم الرق فلا يؤثر فيها ما حدث من العتق؛ لأن ما يقتضي زمانه يقتضي حكمه كما لو حاضت الصغيرة بعد شهورها وأيست الكبيرة بعد أقرائها.

والضرب الثاني: أن تعتق في تضاعيف عدتها وقبل انقضائها فتبني عدتها بعد العتق على ما مضى منها قبل العتق، واختلف قول الشافعي هل تقضي عدة أمة اعتباراً بالابتداء أو عدة حرة اعتباراً بالانتهاء، فإن كان الطلاق رجعياً فمذهبه في الجديد كله، وأحد قوليه في القديم أنها تعتد عدة حرة، وله في الجديد قول ثان: إنها تعتد عدة حرة فترتب له في اعتدادها من الطلاقين ثلاث أقاويل:

أحدها: أنها تعتد فيها عدة أمة اعتباراً بالابتداء لأمرين:

أحدهما: أن الاستبراء في الرق لا يعتبر بحدوث العتق كأم الولد.

والثانى: أن ما تبعض كان معتبراً بحال الوجوب كالحدود.

والقول الثاني: وبه قال أبو حنيفة والمزني إنها تعتد فيها عدة حرة اعتباراً بالانتهاء لأحد أمرين:

أحدهما: أن ما اختلف به العدة كان معتبراً بالانتهاء دون الابتداء كالشهور والأقراء.

والثاني: أنَّ الاحتياط للعدة أولى من الاحتياط للمعتدة كالمستريبة.

والقول الثالث: أنها تعتد في الطلاق البائن عدة أمة وفي الطلاق الرجعي عدة حرة لأمرين:

أحدهما: أن البائن كالأجنبية يقطع التوارث وسقوط النفقة، والرجعية كالزوجة لاستحقاق التوارث، ووجوب النفقة فافترقا في العدة لافتراقهما في حكم الزوجية.

والثاني: أنه لما انتقلت الرجعية من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ولم تنتقل إليها البائن وجب أن تنتقل من عدة الرق إلى عدة الحرة ولا تنتقل إليها البائن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ كَانَ ذَلِكَ فَسْخاً بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَتَكْمُلُ مِنْهُ العِدَّةُ مِنَ الطَّلَّاقِ الأَوَّلِ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد طلق زوجته، وهي أمة فتعتق بعد طلاقه، وهي في العدة فلا يخلو طلاقها من أن يكون بائناً أو رجعياً فإن كان بائناً، فقد وقعت به الفرقة البائنة فلم يحتج إلى فسخ النكاح بالعتق لارتفاعه بالطلاق، فإن فسخت لم يكن لفسخها تأثير وقد كانت في ابتداء عدتها أمة، وصارت في انتهائها حرة، فهل تبنى على عدة أمة أم على عدة حرة؟ على ما مضى من القولين، وإن كان طلاقها رجعياً فلها بالعتق خيار الفسخ؛ لأنها تحته وحكم الزوجية جار عليها بالرجعة فلذلك جاز لها الفسخ بخلاف البائن، وهي فيه بالخيار بين تعجيله وبين تأخيره فإن أرادت تعجيله كان لها لأمرين:

أحدهما: أنها بالطلاق جارية في فسخ فلم يناف الفسخ.

والثاني: أنها تستفيد به قصور إحدى العدتين، فإذا فسخت، فهل يكون فسخها قاطعاً لرجعة الزوج عليها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تقطع رجعة الزوج؛ لأنها من أحكام طلاقه، فعلى هذا إن راجع الزوج وقعت الفرقة بالفسخ فدون الطلاق فيكون ابتداء عدتها من وقت الفسخ وتعتد عدة حرة؛ لأنها بدأت بالعدة وهي حرة، وإن لم يراجع الزوج فالفرقة وقعت بالطَّلاق دون الفسخ فيكون أول عدتها من وقت الطلاق، وقد بدأت بها وهي أمة ثم صارت في

تضاعيفها حرة فهل تعتد عدة أمة أو عدة حرة؟ على ما مضى من القولين.

والوجه الثاني: أن الفسخ قد قطع رجعة الزوج عنها؛ لأنها غير مؤثرة في الإباحة فمنع منها كما يمنع من رجعة من ارتدت، فعلى هذا يغلب في الفرقة حكم الطَّلاق أو حكم الفسخ على وجهين:

أحدهما: يغلب حكم الطلاق لتقدمه، فعلى هذا هل تعتد عدة أمة أو عدة حُرة على ما مضى من القولين.

والوجه الثاني: يغلب حكم الفسخ لقوته فعلى هذا تعتد عدة حُرَّة قولاً واحداً، لأن الفسخ ما وقع إلا بعد الحرية لكنها تبنى على ما مضى من وقت الطلاق ولا تبدئها من وقت الفسخ؛ لأن الفسخ قد أبطل الرجعة فلم يجز أن يطول به العدة.

فصل: وإن أخرت الفسخ ولم تعجله كَانَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْهُ مَا لم يُراجعها الزوج ولا يكون، إمساكها عنه اختياراً للزوج ورضا بالمُقَام معه بخلاف من لم تطلق؛ لأن من لم تطلق يؤثر رضاها في الاستباحة فأثر سقوط الخيار، والمُطَلَّقة لا يؤثر رضاها في الاستباحة فلم يؤثر في سقوط الخيار فعلى هذا الزوج حالتان:

إحداهما: أن يراجعها حتى تمضي العدة فتكون الفرقة واقعة بالطلاق، وليس لها الفسخ؛ لأن لا تأثير له مع زوال العقد، وهي تبنى على عدة أمة أو على عدة حُرَّة على ما مضى من القولين.

والحال الثانية: أن يراجعها الزوج فتستحق الفسخ حينئذ؛ لأن الرجعة قد رفعت تحريم الطلاق فصارت كزوجة لم يجر عليها طلاق، فإن فسخت استأنفت عدة حرة من وقت الفسخ لا يختلف والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلَوْ أَحْدَثَ لَهَا رجْعَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا وَلَمْ يُصِبْهَا بَنَتْ عَلَى العِدَّةِ الأُولَى لأَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ لَمْ تُمْسَسْ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ بَلْ عِدَّتُهَا مِنَ الطَّلاَقِ الثَّانِي لأَنَّهُ لَمَا رَاجَعَهَا بَطُلَتْ عِدَّتُهَا وَصَارَتْ فِي مَعْنَاهَا المُتَقَدِّمْ بِالْعَقْدِ الأَوَّلِ لاِ بِنِكَاحٍ مُسْتَقْبَلٍ فَهُوَ فِي مَعْنَى مَنْ ابْتَدَأَ طَلاَقَهَا مَدْخُولاً بِهَا».

قال الماوردي: وصورتها: في مطلق راجع زوجته ثم طلقها بعد رجعته فلا يخلو حاله بعد الرجعة من أن يكون قد أصاب أو لم يصب، فإن كان قد أصابها بَعْد الرَّجْعَةِ ثم طلق بعد الإصابة فَعَليها أن تستأنف العِدَّة من الطَّلاق الثَّانِي وَقَد انْهَدم مَا مَضى من عِدَّة الطَّلاق الأول بالإصابة وهذا متفق عليه، وإن لم يصبها بعد الرجعة حتى طلقها لم يسقط بالثاني ما بقي من عدة الطلاق الأول، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال داود: قد سقطت العدة عنها وحلت للأزواج؛ لأن الطلاق الأول قَد ارتفع بالرجعة فسقطت بقية العدة ثم طلقها بعد رجعة حلت من إصابته فصار كطلاق في نكاح خلا من إصابة فلا يجب فيه عدة، وهذا قول فاسد خرق به الإجماع؛ لأنه يفضي إلى اختلاط المياه وفساد الأنساب وأن ينكح المرأة في يوم عشرون زوجاً يدخل بها كل واحد منهم ولا تعتد لواحد منهم؛ لأنه يتزوجها ويدخل بها ثم يطلقها ثم يرتجعها ثم يطلقها فتسقط العدة وتنكح آخر فتفعل مثل هَذَا إلى عشرين زوجاً، وما أفضى إلى هذا فالشرع مانع منه؛ ولذلك منع الشرع أن تنكح المرأة زوجين لما فيه من اختلاط المياه وفساد الأنساب، وقول داود: يؤدي إلى أن تجمع بين من شاءت من الأزواج في يوم واحد.

فصل: فإذا ثبت أن العدة لا تسقط عنها فلا يختلف المذهب أن ما بين الرجعة والطلاق الثاني غير محتسب به من العلة، لأنه زمان قد كانت فراشاً فيه فلم يجز أن تعتد به، لأن الفراش إباحة والعِدَّة تحريم فَصَارا ضدين فامتنع أن يجتمعا، فأما ما مضى من العدة بعد الطلاق الأول وقبل الرجعة، فهل تعتد به وتبني عليه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وبه قال مالك إنها تعتد به وتبني عدة الطلاق الثاني على عدة الطلاق الأول ويكون الطلاق الثاني قد تقدم الرجعة إذا لم يتعقبها دخول.

والقول الثاني: وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني أنها لا تعتد بما مضى قبل الرجعة وتستأنف العدة من الطلاق الثاني، وتكون الرجعة قد هدمت عدة الطلاق الأول كما لو تعقبها دخول، فإذا قيل بالأول إنها تبنى على عدة الطلاق الأول، لا تستأنف وهو مذهب مالك فدليله ثلاثة أشياء:

أحدها: قول الله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] فلو أوجبت استئناف العدة لصار ممسكاً لها إضراراً بها، وذلك منهي عنه.

والثاني: أن مقصود الرجعة هو الإصابة وهي أضعف من عقد النكاح وليست بأقوى منه فلما كان الطلاق يرفع عقد النكاح إذا خلا من إصابة فأولى أن يرفع الرجعة إذا خلت من إصابة فإذا رفعها صار كطلاق بعد طلاق لم يتخللها رجعة وذلك يوجب لبناء العدة دون الاستئناف.

والثالث: أن استئناف العدة من الطلاق الثاني مفضي إلى سقوط العدة بالطلاق الثاني لأنه طلاق خلا من إصابة فلما لم يجز هذا، حمل الطلاق الثاني على عدة الطلاق الأول.

وإذا قيل بالثاني إنها تستأنف العدة من الطلاق الثاني ولا تبني على عدة الطلاق الأول، وهو مذهب أبي حنيفة واختيار المزني فدليله ثلاثة أشياء:

أحدها: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهذه مطلقة.

والثاني: أن الرجعة قد رفعت تحريم الطلاق فارتفع بها حكم الطلاق فصار الطلاق الثاني هو المختص بالتحريم فوجب أن يكون مختصاً بوجوب العدة بعد التحريم.

والثالث: أنها قد تسري في العدة بطلاقه كما تسري فيها بردته والعدة ترتفع برجعته كما ترتفع بإسلامه ثم ثبت أنه لو طلقها بعد إسلامه استأنف العدة ولم يبن كذلك إذا طلقها بعد الرجعة استأنف العدة ولم تبن.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه القولين بعد ما قدمنا من إبطال قول داود في إسقاطه العدة بالطلاق بعد الرجعة، فإن قلنا بالقول الأول إنها تبني على ما مضى من عدة الطلاق الأول نَظَر فيما مضى من عدة الطلاق الأول قبل الرجعة، فإن كان قرءاً واحداً اعتدت بعد الطلاق الثاني بقرأين فلو كان قد مضى لها بعد الرجعة، وقبل الطلاق الثاني قرءان لم تعتد بهما لما قدمناه من أنها قد صارت بعد الرجعة فراشاً وزمان الافتراش غير محتسب في العدة وإن كان الماضي من العدة قبل الرجعة قرءان اعتدت بعد الطلاق الثاني بقرء واحد وحلت للأزواج، فإن كان الماضي لها قبل الرجعة قرء واحد وبعض الثاني لم تحتسب ببعض الثاني؛ لأن القرء لا يتبعض واحتسب قرء واحد، وإن قلنا بالقول الثاني إنها تستأنف العدة بثلاثة أقراء كاملة على الأحوال كلها حتى لو راجعها في آخر ساعة من استكمال العدة هدمت الرجعة جميع ما مضى ولزمها استئناف عدة كاملة.

فصل: ثم يتفرع على ما ذكرنا فرعين:

أحدهما: فيمن خالع زَوْجته بَعْد الدُّخول بها وجَرت في عدتها ثم استأنف نكاحها في العِدة جاز.

وقال المزني: لا يجوز أن ينكحها في عدتها حتى تنقضي كما لا يجوز ذلك لغيره وهذا فاسد؛ لأن العدة منه حفظاً لمائه فلم يمنع استئناف عقده كما لو اعتدت منه عن وطء شبهة جاز أن ينكحها في عدتها ولم يجز لغيره أن يتزوجها لئلا يختلط ماؤهما؛ ولأن النبي ﷺ قال: «لا تسق بمائك زرع غيرك» فإذا ثبت جواز نكاحه لها في العدة فطلقها بعد النكاح من غير إصابة بنت على ما مضى من عدة الخلع ولم تستأنف العدة من الطلاق الثاني قولاً واحداً.

وبه قال محمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: تستأنف العدة من الطلاق الثاني ولا تبني على ما مضى من عدة الخلع كما لا تبني على ما مضى من عدة الطلاق الرجعي وهذا فاسد، لأن المختلعة استأنف نكاحها بعقد ثان خلا من دخول فلم يجب بالطلاق فيه عدة ولزمها أن تأتي بالباقي من عدة الطلاق الأول وليست المطلقة كذلك؛ لأنه راجعها فصارت معه بعد الرجعة بالعقد الأول وقد استقر في حكم الدخول فجرى على ما بعد الرجعة حكم الدخول فجاز أن تستأنف العدة بعد الطلاق الثاني، وهذا فرق، ودليل، ولكن نحرره قياساً، فنقول: كل عقد لم يوجب العدة بانفراده لم يوجبها بانضمامه إلى غيره كالعقد الفاسد.

فصل: وأما الفرع الثاني فهو أن يطلقها بعد الدخول ثم يراجعها ثم يخالعها بعد الرجعة من غير إصابة.

فإن قيل: إن الخلع طلاق صار كما لو طلق ثم راجع ثم طلق فهل تبني على العدة أو تستأنفها على ما مضى من القولين.

وإن قيل: إن الخلع فسخ فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه كالطلاق أيضاً فتكون على قولين.

والوجه الثاني: أن الفسخ جنس يخالف جنس الطلاق فاقتضى اختلافهما في الجنس أن لا يبني عدة أحدهما على الآخر، وتستأنف العدة بعد الخلع ولا تبنيها على عدة الطلاق الأولى والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «ولَوْ كَانَ طَلَاقاً لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ثُمَّ عُتِقَتْ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ تَبْنِي عَلَى العِدَّةِ الأُولَى وَلَا خِيَارَ لَهَا وَلَا تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مَعَانِي الأَزْوَاجِ وَالثَّانِي أَنْ تُكْمِلَ عِدَّةَ حُرَّةٍ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَمِمَّا يَدُلُّكَ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ فِي المَرْأَةِ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ ثُمَّ تَحِيضُ إِنَّهَا تَسْتَقْبِلُ الحَيْضَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِي بَعْضِ عِدَّتِهَا حُرَّةً وَهِيَ تَعْتَدُّ عِدَّةَ أَمَةٍ وَكَذَلِكَ قَالَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي بَعْضِ صَلَاتِهِ مُقِيماً وَيُصَلِّي صَلَاةَ مُسَافِرٍ وَقَالَ هَذَا أَشْبَهُ القَوْلَيْنِ بِالْقِيَاسِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَا احْتَجَّ بِهِ مِنْ هَذَا يَقْضِي عَلَى أَنْ لَا يَجُوزَ لِمَنْ دَخَلَ فِي صَوْمِ ظِهَارٍ ثُمَّ وَجَدَ رَقَبَةً أَنْ يَصُومَ وَهُوَ مِمَّنْ يَجِدُ رَقَبَةً وَيُكَفِّرُ بِالصِّيَامِ وَلَا لِمَنْ دَخَلَ فِي الصَّلَاةِ بِالتَّيَمُّمِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَجِدُ المَاءَ وَيُصَلِّي بِالتَّيَمُّمِ كَمَا قَالَ لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِي عِدَّتِهَا مِمَّنْ تَحِيضُ وَتَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ فِي نَحْوِ ذَلِكَ مِنْ أَقَاوِيلِهِ وَقَدْ سَوَى الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَا يَدْخُلُ

فِيهِ المَرْءُ وَمَا بَيْنَ مَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ فَجَعَلَ الْمُسْتَقْبل فِيهِ كَالْمُسْتَدْبِرِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضت وذكرنا حكم عتقها في الطَّلاق الرَّجْعي والبَائِن بما أغنى عن إعادته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالطَّلَاقُ إِلَى الرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ وَهُوَ أَشْبَهُ بِمَعْنَى القُرْآنِ مَعَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الأَثَـرِ وَمَا عَلَيْهِ المُسْلِمُونَ فِيمَا سِوَى هَذَا مِنْ أَنَّ الأَحْكَامَ تُقَامُ عَلَيْهِمَا أَلَا تَرَى أَنَّ الحُرَّ المُحْصَنَ يَزْنِي بِالأَمَةِ فَيُرْجَمَ وَتُجْلَدَ الأَمَةُ خَمْسِينَ وَالزِّنَا مَعْنًى وَاحِدٌ فَاخْتَلَفَ حُكْمُهُ لاخْتِلَافِ حَالِ فَاعِلِيهِ فَكَذَلِكَ يُحْكَمُ لِلْحُرِّ حُكْمُ نَفْسِهِ فِي الطَّلَاقِ ثَلَاثاً وَإِنْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ أَمَةً وَعَلَى الأَمَةِ عِدَّةُ أَمَةٍ وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا».

قال الماوردي: تَشْتَمِل عَلَى فَصلين قد تقدم الكلام فيهما:

أحدهما: في العدة أنها تعتبر فيها حال الزوجة في الحرية والرق، وهذا متفق عليه.

والثاني: في الطلاق هل يعتبر فيه حال الزوج في حريته ورقه أو حال الزوجة فاعتبره أبو حنيفة بحال الزوجة، واعتبر الشافعي بحال الزوج، وقد مضى الكلام في حال الفصلين بما أغنى عن الإعادة والله أعلم بالصواب.

بَـابُ عِدَّةِ الوَفَاةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ الآيَةَ فَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهَا عَلَى الحُرَّةِ غَيْرِ ذَاتَ الحَمْلِ لِقَوْلِهِ ﷺ لسبيعة الأَسْلَمِيَّة وَقَدْ وَضَعَت بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِنِصْفِ شِهْرٍ «قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ» قَالَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لَمْ يُدْفَنْ لَحَلَّتْ وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا وَضَعَتْ حَلَّتْ».

قال الماوردي: والأصل في عدة الوفاة أنها كانت في الجاهلية وفي صدر الإسلام بحول كامل قال الله: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠]فكانت العدة سنة ولها في العدة النفقة فنسخت النفقة بالميراث، ونسخت السنة بأربعة أشهر وعشر وقال الله: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] فَصَار الحَوْل بها منسوخاً فإن قيل: فنسخ الشهور بالحول أولى من نسخ الحول بالشهور لأمرين:

أحدهما: أن آية الحول متأخرة في التلاوة عن آية الشهور والمتأخر هو الناسخ لما تقدمه.

والثاني: أن الحول أعم من الشهور وأزيد، والأخذ بالزيادة أولى من الأخذ بالنقصان قيل: هذا لا يصح مع انعقاد الإجماع على خلافه من وجهين:

أحدهما: أن آية الشهور متأخرة في التنزيل عن آية الحول، وإن كانت متقدمة عليها في التلاوة والنسخ وإنما يكون بالمتأخرة في التنزيل لا بالمتأخرة في التلاوة وقد تقدم تلاوة ما تأخر تنزيله وتتأخر تلاوة ما تقدم تنزيله مثل قوله: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاء مِنَ النَّاسِ مَا وَلاَّهُمْ عَن قِبْلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا﴾ [البقرة: ١٤٢] نزل بعد قوله: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٤٤] وهو متقدم عليه في التلاوة وكقوله ﴿لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِن بَعْدُ﴾ [الأحزاب: ٥٢] متقدم في التنزيل على قوله ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وهو متأخر عنه في التلاوة.

فإن قيل: فمن أين لكم أن آية الشهور متقدمة في التنزيل على آية الحول.

قلنا من وجهين:

أحدهما: نقل أجمع المسلمون عليه، ورواه عكرمة عن ابن عباس وهو ترجمان القرآن.

والثاني: أن الحول تقدم فعله في الجاهلية وثبت حكمه في صدر الإسلام فكان ما خالفه طارئاً عليه قال لبيد.

إِلَى الْحَوْلِ ثُمَّ اسْمُ السَّلَامِ عَلَيْكُمَا وَمَنْ يَبْكِ حَوْلاً كَامِلاً فَقَدِ اعْتَذَر[1]

فثبت بذلك تقدم الحول في الجاهلية وصدر الإسلام فلذلك صارت آية الشهور بعدها فإن قيل: فلم قدمت تلاوة ما تأخر تنزيله، وهلا كانت التلاوة مترتبة على التنزيل؟.

قيل: قد فعل الله تعالى هذا تارة وأمر بهذا تارة بحسب ما يراه من المصلحة؛ فإن ترتيب التلاوة على التنزيل فقدمت تلاوة ما تقدم تنزيله وأخرت تلاوة ماتأخر تنزيله فقد انقضى وإن قدمت تلاوة ما تأخر تنزيله فلسبق القارىء إلى تلاوته ومعرفة الثابت من حكمه حتى إن لم يقر ما بعده من منسوخ الحكم أجزأه.

والوجه الثاني: أن السنة الواردة تدل على نسخ الحول بأربعة أشهر وعشر بخبرين:

أحدهما: ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا[2]».

والثاني: ما روته زينب بنت أبي سلمة عن أمها أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن بنتي توفي زوجها وقد رمدت

---

(١) البيت من الطويل، وهو للبيد بن ربيعة في ديوانه ص (٢١٤) والأشباه والنظائر (٩٦/٧) والأغاني (٤٠/١٣) وبغية الوعاة (٤٢٩/١) وخزانة الأدب (٣٣٧/٤ - ٣٤٠ - ٣٤٢) والخصائص (٢٩/٣) والدرر (١٥/٥) وشرح المفصّل (١٤/٣) والعقد الفريد (٧٨/٢) و(٥٧/٣) ولسان العرب (٥٤/٤) (غدر) والمقاصد النحوية (٣٧٥/٣) والمنصف (١٣٥/٣) وبلا نسبة في أمالي الزجاجي ص (٦٣) وشرح الأشموني (٣٠٧/٢) وشرح عمدة الحافظ ص (٥٠٧) والمقرب (٢١٣/١) وهمع الهوامع (٤٩/٢، ١٥٨).

(٢) أخرجه النسائي (كتاب الطلاق ب ٥٥، ٥٨، ٦٣) وابن أبي شيبة (٢٨١/٥)، (١٨٨/٦).

عينها أفاكحلها فقال: لا مرتين أو ثلاثاً قد كانت إحداكن تمكث حولاً ثم ترمي بالبعرة، وإنما هي أربعة أشهر وعشراً.

واختلف في معنى إلقائها للبعرة على قبره فقيل: معناها انني قد أديت حقك وألقيته عني كإلقاء هذه البعرة وقيل معناه: إن ما لقيته في الحول من الشدة هي في عظم حقك علي كهوان هذه البعرة فأتت السنّة بهذين الخبرين، وأن آية الشهور ناسخة لآية الحول، ثم اختلف أصحابنا في صفة النسخ على وجهين:

أحدهما: أنها نسخت جميع الحول ثم ثبت بها أربعة أشهر وعشر، وهذا محكي عن أبي سعيد الإصطخري.

والوجه الثاني: وهو الظَّاهر من كلام الشافعي أن آية الشهور نسخت من آية الحول ما زاد على أربعة أشهر وعشر وبقي الحول أربعة أشهر وعشراً فيكون وجوبها بآية الحول وآية الشهور مقصورة على نسخ الزيادة وموكدة لوجوب أربعة أشهر وَعشر وليس في هذا الاختلاف تأثير في حكم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فعدة الوفاة واجبة على كل زوجة من صغيرة، أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، مدخول بها وغير مدخول بها، وحكي عن ابن عباس أنها لا تجب على غير المدخول بها كالطلاق وهذا قول تفرد به، وقد خالفه فيه سائر الصحابة.

والدليل عليه ما تقتضيه عموم الآية أنها لما استكملت المهر بالموت كالدخول اقتضى أن تجب به العدة كالدخول، ولأن غاية النكاح استيعاب زمانه بالموت فلم يجز أن يسلب حكم كماله بسقوط العدة كما لم يسلب استحقاق الميراث.

والفرق بين الموت والطلاق من وجهين:

أحدهما: تمسك الميث بعصمتها وقطع المطلق لها فلزم من حقه بعد الموت ما لم يلزم من حقه بعد الطلاق.

والثاني: أن المطلق حي يستظهر لنفسه أن الحق به نسب أو نفي عنه فكانت العدة في حقه مقصورة على الاستبراء، وليس مع عدم الدخول استبراء، وذلك معدوم من جهة الميت فاستظهر الله تعالى له بوجوب العدة في حقه تعبداً فلم يعتبر فيه الدخول.

فصل: فإذا ثبت وجوب العدة بالوفاة على المدخول بها وغير المدخول بها فلا يخلو حال المتوفى عنها زوجها من أن تكون حائلاً، أو حاملاً، فإن كانت حائلاً فعدتها بالشهر وسواء كانت من ذات الأقراء أو من ذوات الشهور للآية، ولأن الأقراء في حق

حي يقدر على استيفائها لنفسه فقدر الله تعالى عدة الميت بالشهور لتكون مستوفاة بزمان فيه استظهار، ولهذا المعنى زاد على شهور الطلاق، وإذا كانت بالشهور في الحالين فإنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام.

وقال الأوزاعي: أربعة أشهر وعشرة ليال فأسقط اليوم العاشر؛ لأن اللَّه تعالى ذَكر عدداً ينطلق على اللَّيَالِي دون الأيام؛ لأنه قال «وعشراً» بحذف الهاء فتناولت ما كان مؤنثاً في اللفظ وهو الليالي؛ لأن عدد المؤنث في الآحاد محذوف الهاء ولو أراد الأيام لقال وعشرة بإثبات الهاء كما قال: ﴿سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُوماً﴾ [الحاقة: ٧] وهذا المذهب فاسد من وجهين:

أحدهما: إن الأيام داخلة فيما قبل العاشر فلم يمتنع دخولها في العاشر لأن المراد بجميع العدد واحد.

والثاني: إن إطلاق الليالي يقتضي دخول الأيام معها وإطلاق الأيام يقتضي دخول الليالي معها.

ووجه ثالث: قاله ابن الأعرابي أن الهاء تدل على المذكر وعدمها يدل على المؤنث إذا كان كان العدد مفسراً فيقال عشرة أيام وعشر ليال، فإما إذا أطلق العدد من غير تفسير لم يدل على ذلك واحتمل أن يتناول المذكر والمؤنث كما قال النبي ﷺ فيمن صام رمضان واتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر كله، ومعلوم أنه أراد الأيام التي يكون الصوم فيها دون الليالي.

فصل: وإن كانت المتوفى عنها حاملاً فعدتها أن تضع حملها سواء تعجل أو تأخر وبه قال أكثر الصحابة والتابعين.

قال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على السرير حَلَّت، وهو قول جمهور الفقهاء، وحكي عن علي وابن عباس أنَّها تعتد بأقصى الأجلين من الشهور أو الحمل.

والدليل على اعتدادها بالحمل ما رواه سعيد بن المسيب عن أبي بن كعب قال: قلت يا رسول الله هذه الآية مشتركة قال أي آية قلت ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] المطلقة والمتوفى عنها زوجها قال نعم[1].

وروى الشافعي حديث سبيعة الأسلمية من طرق شتى بألفاظ مختلفة ومعانٍ

---

(١) أخرجه ابن جرير وابن أبي حاتم وابن مردويه كما في «الدر المنثور»(٦/ ٣٥٩).

متفقة أن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا وأنه لقيهم في الطريق فقتلوه فوضعت سبيعة حملها بعد قتل زوجها بنحو من نصف شهر فمر بها أبو السنابل بن بعكك وكان يريد خطبتها وقد كرهته؛ لأنه شيخ وقد خطبها شاب فقال: أراك قد تصنعت للأزواج؛ وإنما عليك أربعة أشهر وعشر فأتت النبي ﷺ فأخبرته بذلك فقال: كذب أبو السنابل: قد حللت قد حللت فانكحي من شئت[١].

وقوله كذب أبو السنابل يعني أخطأ كما قال الشاعر.

كَـذَبَتْـكَ عَيْنُـكَ أَمْ رَأَيْـتَ بِـوَاسِـطٍ غَلَسَ الظَّـلَامِ مِـنَ الـرَّبَـابِ خَيَـالا[٢]

قيل: وكانت هذ القصة بعد حجة الوداع التي لم يعش رسول الله ﷺ بعدها إلا شهوراً.

وروى أبو سلمة بن عبد الرحمٰن عن بعض الصحابة هذا الحديث، وأن النبي ﷺ قال لها: يا سبيعة أربعي بنفسك[٣] فتأوله من ألزمها أقصى الأجلين أقيمي في ربعك لبقائها في العدة، وتأوله من قال بانقضاء عدته اسكني أي ربع شئت لانقضاء عدتها، وهذا التأويل أصح لما روي أن ابن عباس وأبا هريرة اختلفا في عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً.

فقال ابن عباس: أقصى الأجلين.

وقال أبو هريرة: وضع الحمل فأرسلوا أبا سلمة بن عبد الرحمٰن إلى أم سلمة فذكرت لهم قصة سبيعة الأسلمية فرجع ابن عباس إلى قولها.

واستدل ابن مسعود لذلك بمعنى صحيح، فقال: لما لحقها التغليظ إذا تأخر لحقها التخفيف إذا تقدم، ولأنه لما لم تعتبر الأقراء مع الحمل لم تعتبر الشهور مع الحمل؛ لأن العدة لا يجمع فيها بين جنسين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَتَحِلُّ إِذَا وَضَعَتْ قَبْلَ أَنْ تَطْهُرَ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَمَفْسُوخٍ»

قال الماوردي: إذا وضعت حملها بعد موت الزوج انقضت عدتها بوضعه وحلت للأزواج وإن كانت في النفاس، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال الأوزاعي، وحماد بن أبي سليمان: هي محرمة على الأزواج حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وهذا خطأ لقول الله: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾**

---

(١) أخرجه أحمد (٤٤٧/١) والبيهقي (٤٢٩/٧) وسعيد بن منصور (١٥٠٦) والشافعي (٢٤٤).
(٢) تقدم قريباً.
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٧٢٥) وانظر كنز العمال(٢٧٩٧٦).

[الطلاق: ٤] ولحديث سبيعة ولقول النبي ﷺ «أجل كل ذات حمل أن تضع حملها» فلم تجز الزيادة في عدتها على نص الكتاب والسنة، ولأن وضع الحمل قد تحققت به براءة الرحم وتأثير النفاس بعدة في تحريم الوطء وهذا غير مانع من عقد النكاح كالحائض.

فصل: فأما قول الشافعي: في نكاح صحيح ومفسوخ يعني في انقضاء العدة فيهما بوضع الحمل؛ لأنهما يستويان في عدة الوفاة، لأن عدة الوفاة تجب في النكاح الصحيح دخل أو لم يدخل وعدة الوفاة لا تجب في النكاح الفاسد، فإن لم يقترن بالفاسد دخول فلا عدة فيه، وإن اقترن به دخول وجبت فيه عدة الطلاق بعد التفرقة بينهما فإذا مات عنها وقعت الفرقة بينهما بموته فاستأنفت عدة الفرقة لا عدة الموت، فإن كانت حاملاً فبوضع الحمل وإن كانت من ذوات الأقراء فثلاثة أقراء، وإن كانت من ذوات الشهور فثلاثة أشهر فصارت مخالفة لعدة الوفاة، وإنما يجتمعان في شيئين:

أحدهما: في ابتداء العدة إنها من بعد الموت.

والثاني: في انقضاء العدة بوضع الحمل فَمِنْ هَذَيْنِ الوَجهَيْنِ جمع بينه وبين النكاح الصحيح وإن اختلفا فيما سواهما من الأحكام.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَيْسَ لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا نَفَقَةٌ قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ لاَ نَفَقَةَ لَهَا حَسْبَهَا المِيرَاثُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ مَالِكَهُ قَدِ انْقَطَعَ بِالْمَوْتِ (قالَ الْمُزَنِيُّ): هَذَا خِلاَفُ قَوْلِهِ فِي الْبَابِ الثَّانِي وَهُوَ أَصَحُّ، وَهُوَ فِي الْبَابِ الثَّالِثِ مَشْرُوحٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لا نفقة للمتوفى عنها زوجها حاملاً كانت أو حائلاً.

وبه قال كثير من الصحابة، وجمهور التابعين، والفقهاء، وحكي عن علي عليه السلام وابن عمر أن لها النفقة إذا كانت حاملاً لقول الله: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**﴾ [الطلاق: ٦] وكالمطلقة الحامل واعتباراً بوجوب السكنى.

والدليل على أن لا نفقة لها قول النبي ﷺ: «إنما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها»(١) وليس على المتوفى عنها رجعة فلم يكن لها نفقة؛ ولأن وجوب النفقة متجدد مع الأوقات فوجب أن يسقط بالوفاة كنفقات الأقارب، ولأن استحقاقها للنفقة

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ١٤٤) وأحمد (٦/ ٣٧٣) وابن سعد (٨/ ٢٠١).

لا يخلو أن يكون لحملها، أو لها، فإن كان لها فهي لا تستحقها لو كانت حائلاً فكذلك إذا كانت حاملاً، لأنها في مقابلة التمكين المرتفع بالموت وإن كانت بحملها فالحمل لو ولد لم يستحق نفقة فقبل الولادة أولى أن لا يستحقها؛ لأنه قد صار وارثاً في الحالين، وقد انقطع ملك الأب في الحالين؛ ولأن أجرة الرضاع تالية لوجوب النفقة لقوله : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فلما سقطت أجرة الرضاع بالموت سقطت به النفقة.

فأما الاستدلال بالآية فهي خطاب للأزواج ولا يتوجه إلى الميت خطاب فصارت محمولة على الطلاق اعتباراً بأجرة الرضاع، ولهذا المعنى فرقنا بين عدة الطلاق والوفاة.

وأما السكنى ففيه قولان:

أحدهما: أنه غير مستحق كالنفقة فاستويا.

والقول الثاني: أنه مستحق بخلاف النفقة.

والفرق بينهما أن النفقة من حقوق الآدميين؛ لأنهما لو اتفقا على تركها سقطت والسكنى من حقوق الله تعالى؛ لأنها لو اتفقا على تركه والخروج من مسكنها لم يسقط فافترقا في الوجوب لافتراقهما في التغليظ.

فصل: فأما قول المزني: هذا خلاف قوله في الباب الثاني، وهذا أصح وهو في الباب الثالث مشروح، فالمراد به تعليل الشافعي لسقوط النفقة ها هنا بأن ملكه قد انقطع بالموت أصح مما قاله الشافعي في الباب الثاني من وجوب السكنى إثباتاً لملكه بعد الموت، وقد شرحه في الباب الثالث: أنه لا نفقة لها ولا سكنى لاستوائهما في التعليل بأن ملكه قد زال بالموت، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلاً فَإِنْ مَاتَ نِصْفُ النَّهَارِ وَقَدْ مَضَى مِنَ الهِلَالِ عَشْرُ لَيَالٍ أَحْصَتْ مَا بَقِيَ مِنَ الهِلَالِ فَإِنْ كَانَ عِشْرِينَ حَفِظَتْهَا ثُمَّ اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بِالأَهِلَّةِ ثُمَّ اسْتَقْبَلَتِ الشَّهْرَ الرَّابِعَ فَأَحْصَتْ عِدَّةَ أَيَّامِهِ فَإِذَا كَمُلَ لَهَا ثَلَاثُونَ يَوْماً بِلَيَالِيهَا فَقَدْ أَوْفَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَاسْتَقْبَلَتْ عَشْراً بِلَيَالِيهَا فَإِذَا أَوْفَتْ لَهَا عَشْراً إِلَى السَّاعَةِ الَّتِي مَاتَ فِيهَا فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا».

قال الماوردي: وقَدْ مَضَى حَكم هذه العدة في المطلقة إذا اعتدت بالشهور وذكرنا ما فيها من خلاف أبي حنيفة وغيره وهي في عدة الوفاة بمثابة وذلك أنه لا يخلو

حال الوفاة من أن يكون في مستهل شهر أو في تضاعيفه، فإن كانت في مستهل شهر ومع أول هلاله اعتدت أربعة أشهر بالأهلة بحسب وجودها من كمال ونقصان ثم بعشرة أيام من الشهر الخامس وإن كان في تضاعيف الشهر اعتدت باقيه، فإن كان الباقي منه عشرة أيام احتسبتها واعتدت بثلاثة أشهر بعدها بالأهلة ثم استكملت شهر الوفاة ثلاثين يوماً عدداً سواء كان كاملاً أو ناقصاً فتأتي من الشهر الرابع بعشرين يوماً تكملة الشهر الأول سواء كان الماضي منه عشرين يوماً لكماله، أو تسعة عشر يوماً لنقصانه، ثم تعتد بعد كمال الأربعة أشهر بعشرة أيام إلى مثل ساعة من اليوم الذي مات فيه زوجها فإن قيل، فلما زيد في عدة الوفاة على عدة الطلاق قيل: يحتمل أن يكون ذلك لأمرين:

أحدهما: لتمسكه بعصمتها وحفظه لزمامها بخلاف المطلق الذي أبت عصمتها وقطع زمامها فجوزي عليه بالزيادة فيها لحفظ حرمته والرعاية لحسن صحبته.

والثاني: ليكون فقد الزوج في استيفاء العدة عليها مجبوراً بالزيادة في عدتها فإن قيل فلم قدرها بأربعة أشهر وعشر، قيل: لمصلحة استأثر بها، ويجوز أن يكون لأنه أقرب الزمان الذي يتكامل فيه خلق الولد وينفخ فيه الروح، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يكون خلق أحدكم نطفة أربعين يوماً ثم علقة أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً، ثم يبعث الله ملكاً ينفخ فيه الروح» فصار نفخ الروح في العشر التي بعد أربعة أشهر، فلذلك قدرت بأربعة أشهر والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تَأْتِي فِيهَا بِحَيْضٍ كَمَا لَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تَأْتِي فِي الحَيْضِ بِشُهُورٍ وَلأَنَّ كُلَّ عِدَّةٍ حَيْثُ جَعَلَهَا اللَّهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لا يعتبر الحيض في عدة الوفاة فإذا اعتدت بأربعة أشهر وعشر ولم تر فيها حيضاً انقضت عدتها سواء كانت عادتها الحيض في كل شهر أم لا؟.

وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: إن كانت عادتها أن تحيض في كل شهر حيضة انقضت عدتها بالشهور، وإن لم تحض فيها حيضة، وإن كانت عادتها أن تحيض في كل شهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة لم تنقضِ عدتها بأربعة أشهر وعشر إذا لم تكن منها حيضة ومكثت معتدة بعدها حتى تحيض استدلالاً بأن تأخر حيضها ريبة والمسترية تمكث بعد انقضاء العدة حتى تزول ريبتها كالمعتدة بالأقراء، وهذا خطأ لقول الله تعالى: **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾** [البقرة: ٢٣٤]. فاقتضى الظاهر أن لا يتربصن أكثر منها ثم قال: **﴿فإذا بلغن أجلهن**

فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٤]. يعني في التزويج، ومالك يجعل الجناح عليها باقياً، ولأنها قد تعتد بالشهور من الطلاق تارة وفي الوفاة أخرى، فلما لم يعتبر في شهور الطلاق غيرها لم يعتبر في شهور الوفاة غيرها، ولأن العدة قد تكون بالشهور تارة وبالأقراء أخرى، فلما لم يعتبر في الشهور الأقراء لم يعتبر الحيض في الشهور، ولأنه لو كانت عادتها أن تحيض في كل شهر حيضة فلم تحض في الأربعة الأشهر والعشر إلا حيضة انقضت عدتها، وإن خالف العادة، كذلك وإن لم تحض فيها حيضة.

وأما قوله: إن تأخر حيضها ريبة.

قيل: الريبة: إنما تكون بانتفاخ الجوف ودرور اللبن والإحساس بالحركة، وليس تأخر الحيض ريبة كما لا يكون تأخرها عن كل شهر ريبة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «إِلَّا أَنَّهَا إِنِ ارْتَابَتِ اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا مِنَ الرِّيبَةِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم المرتابة في المطلقة، وقد أعادها في المتوفى عنها زوجها والريبة ما ذكرنا من أمارات الحمل فلا يخلو حالها في الريبة من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تحدث الريبة بعد انقضاء العدة فهي باقية في عدتها فإن نكحت قبل زوالها بطل نكاحها.

والثاني: أن تحدث الريبة بعد انقضاء عدتها وبعد نكاحها فالنكاح صحيح، ويوقف على ما يكون في حال الحمل فإن انفش ثبت النكاح، وإن ولدت نظر فإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت النكاح فالنكاح صحيح، وهو لاحق بالثاني وإن كان لأقل من ستة أشهر فالنكاح باطل وهو لاحق بالأول.

والقسم الثالث: أن تحدث الريبة بعد العدة وقبل النكاح ففي بطلان النكاح وجهان:

أحدهما: ـ وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الإصطخري، وأبي علي بن خيران ـ أن النكاح جائز يوقف على ما تبيّن.

والوجه الثاني: ـ وهو قول أبي العباس بن سريج، وأبي علي بن أبي هريرة ـ أن النكاح باطل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا مَرِيضاً ثَلَاثاً فَمَاتَ مِنْ مَرَضِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ فَقَدْ قِيلَ لَا تَرِثُ مَبْتُوتَةً وَهَذَا مِمَّا أَسْتَخِيرُ اللَّهَ فِيهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ فِي

مَوْضِعٍ آخَرَ وَهَذا قَوْلٌ يَصِحُّ لِمَنْ قَالَ بِهِ قُلْتُ فَالِاسْتِخَارَةُ شَكٌّ وَقَوْلُهُ يَصُحُّ إِبْطَالاً لِلشَّكِّ (وَقَالَ) فِي اخْتِلاَفِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى: إِنَّ الْمَبْتُوتَةَ لاَ تَرِثُ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَبِمَعْنَى ظَاهِرِ الْقُرْآنِ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَرَّثَ الزَّوْجَةَ مِنْ زَوْجٍ يَرِثُهَا لَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ فَلَمَّا كَانَتْ إِنْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا وَإِنْ مَاتَ لَمْ تَعْتَدَّ مِنْهُ عِدَّةً مِنْ وَفَاتِهِ خَرَجَتْ مِنْ مَعْنَى حُكْمِ الزَّوْجَةِ مِنَ الْقُرْآنِ وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَنْ وَرِثَ رَجُلَيْنِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفَ مِنِ ابْنٍ ادَّعَيَاهُ وَوَرِثَ الابْنُ إِنْ مَاتَا قَبْلَهُ الجَمِيعَ فَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّمَا يَرِثُ النَّاسُ مِنْ حَيْثُ يُورَثُونَ يَقُولُ الشَّافِعِيُّ فَإِنْ كَانَا يَرِثَانِهِ نِصْفَيْنِ بِالبُنُوَّةِ فَكَذَلِكَ يَرِثُهُمَا نِصْفَيْنِ بِالأُبُوَّةِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ فَكَذَلِكَ إِنَّمَا تَرِثُ الْمَرْأَةُ الزَّوْجَ مِنْ حَيْثُ يَرِثُ الزَّوْجُ الْمَرْأَةَ بِمَعْنَى النِّكَاحِ فَإِذَا ارْتَفَعَ النِّكَاحُ بِإِجْمَاعٍ ارْتَفَعَ حُكْمُهُ وَالْمُوَارَثَةُ بِهِ وَلَمَّا أَجْمَعُوا أَنَّهُ لاَ يَرِثُهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِزَوْجٍ كَانَ كَذَلِكَ أَيْضاً لاَ تَرِثُهُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنْ قِيلَ قَدْ وَرَّثَهَا عُثْمَانُ قِيلَ وَقَدْ أَنْكَرَ ذَلِكَ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ بْنُ عَوْفٍ فِي حَيَاتِهِ عَلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِنْ مَاتَ أَنْ يُوَرِّثَهَا مِنْهُ وَقَالَ ابْنُ الزُّبَيْرِ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَرَ أَنْ تَرِثَ مَبْتُوتَةً وَهَذَا اخْتِلاَفٌ وَسَبِيلُهُ الْقِيَاسُ وَهُوَ مَا قُلْنَا».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب «الفرائض»، وفي كتاب «الطلاق» وأعاد ذكرها في كتاب «العدد» لما يتعلق بها من الميراث، والطلاق، والعدة.

وجملته: أن المطلقة ثلاثاً في المرض يقع الطلاق عليها، فإن كان المريض هي الزوجة المطلقة فلا توارث بينهما سواء مات الزوج أو الزوجة، وإن كان المريض هو الزوج المطلق، فإن ماتت الزوجة لم يرثها، وإن مات الزوج ففي توريثها منه أربعة أقاويل:

أحدها: ـ وهو الأظهر من مذهب الشافعي.

وبه قال علي بن أبي طالب، وعبدالرحمن بن عوف وعبدالله بن الزبير ـ رضي الله تعالى عنهم ـ لا ميراث لها بحال واختاره المزني.

والقول الثاني: إن مات في عدتها ورثته واعتدت عدة الوفاة وإن مات بعد العدة لم ترثه، وهذا قول عثمان بن عفان ـ رضي الله تعالى عنه ـ وهو مذهب أبي حنيفة.

والقول الثالث: إنها ترث ما لم تتزوج، فإن تزوجت لم ترث، وهذا قول الشعبي، وابن أبي ليلى.

والقول الرابع: ترث أبداً وإن تزوجت.

وبه قال أبيّ بن كعب، وعائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ وهو مذهب مالك، وقد مضى الكلام في توجيه هذه الأقاويل ومن التفريع في ذلك ما أغنى عن الإعادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ ثَلَاثاً فَمَاتَ وَلَا تُعْرَفُ اعْتَدَّتَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً تُكَمِّلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فِيهَا ثَلَاثَ حِيَضٍ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل طلق إحدى زوجتيه ثم مات فطلاقه على ضربين: معين، ومبهم فإن كان طلاقه معيناً لم يخل حاله من أحد أمرين:

إما أن يبين قبل موته أو لا يبين، فإن بين المطلقة منهما قبل موته فقد زال حكم الإشكال وأجري على المطلقة حكمها في الطلاق والعدة، وأجري على المتوفى عنها حكمها في الميراث والعدة، وإن لم يبين وكان عند الورثة بيان عمل على بيانهم، وإن لم يكن عند الورثة بيان فقد أشكلت المطلقة من المتوفى عنها زوجها فلا يخلو حالهما من أن تتفق أحوالها أو تختلف، فإن اتفقت أحوالهما فلا يخلو من أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل فإن لم يدخل بها فالمطلقة منهما لا عدة عليها والمتوفى عنها عليها العدة، وإذا أشكلتا اعتدت كل واحدة منهما استظهاراً للمتوفى عنها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، ولا يلزم أن يكون فيها حيض لتنقضي عدة المتوفى عنها ولا يضر اعتداد المطلقة في حكم الاستظهار مع حدوث الإشكال، وإن كان قد دخل بها، فعلى كل واحد منهما والعدة يقيناً لكنهما يختلفان فيهما، فعلى المطلقة عدة الطلاق وعلى المتوفى عنها عدة الوفاة، وإذا كان كذلك فلا يخلو حالهما مع اتفاقهما من ثلاثة أقسام:

إماأن يكونا من ذوات الحمل، أو من ذوات الأقراء، أو من ذوات الشهور، فإن كانتا من ذوات الحمل فقد اتفقا في عدة الطلاق، وعدة الوفاة، لأن عدة كل واحد منهما وضع الحمل فأيتهما وضعت حملها انقضت عدتها، وإن كانتا من ذوات الأقراء لم يخل حال الطلاق من أحد أمرين: إما أن يكون بائناً أو رجعياً، فإن كان رجعياً فلا يخلو موت الزوج من أن يكون قبل انقضاء العدة أو بعدها، فإن كان موته قبل انقضاء العدة فكل واحدة منهما زوجة تعتد عدة الوفاة ويحكم لها بالميراث، لأن الرجعية زوجة ما لم تنقض عدتها فعلى هذا تعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر اعتداداً يشتركان في وجوبه ولا يلزم أن يكون فيهما حيض، وإن مات بعد انقضاء العدة

فالمطلقة منهما قد بانت بانقضاء العدة، والمتوفى عنها هي الزوجة المعتدة، ولكن إشكالهما قد أوجب أن تعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر ولا يلزم أن يكون فيها حيض وإن كان الطلاق بائناً فلا يخلو موت الزوج من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت عقيب الطلاق قبل مضي شيء من العدة فهي مسألة الكتاب، وعدة المطلقة منها ثلاثة أقراء وعدة المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر، وقد أشكلت فأوجب إشكالهما الاحتياط في عدتهما، وذلك بأن تعتد كل واحدة بأقصى الأجلين من ثلاثة أقراء أو أربعة أشهر وعشر، فإن مضت ثلاثة أقراء قبل أربعة أشهر وعشر مكثت تمام أربعة أشهر وعشر استكمالاً لعدة الوفاة، وإن مضت أربعة أشهر وعشر قبل ثلاثة أقراء مكثت تمام ثلاثة أقراء استكمالاً لعدة الطلاق وهذا معنى قول الشافعي: «اعتدت كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض»، لأن الإشكال فيما يجب عليها من العدتين قد أوجب حملهما على أغلظ الأمرين احتياطاً في العدة واستظهاراً للعبادة كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين وجب أن يقضيهما عند الإشكال كذلك هاهنا.

والحال الثانية: أن يموت الزوج بعد مضي العدة وبقاء بعضها، كأنه مات وقد مضى من العدة قرء وبقي قرءان فعلى كل واحدة منهما أن تعتد بأربعة أشهر فيما حيضتان، فإن مضت أربعة أشهر وعشر قبل حيضتان مكثت حتى تستكمل حيضتين لتنقضي بالحيضتين عدة الطلاق وبأربعة أشهر وعشر عدة الوفاة.

والحال الثالثة: أن يموت الزوج بعد انقضاء العدة فليس على المطلقة عدة وعلى المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر، ولا يلزم أن يكون فيها حيض، لأنها عدة وفاة محضة اختصت بإحداهما، وإنما اشتركا في التزامهما بحكم الإشكال، وإن كانت من ذوات الشهور فعدة المطلقة منهما ثلاثة أشهر، وعدة المتوفى عنها أربعة أشهر فتعتد كل واحدة منهما عند الإشكال بأربعة أشهر على الأحوال كلها فهذا حكمهما مع اتفاق أحوالهما.

فأما إن اختلفت أحوالهما فكانت إحداهما مدخولاً بها والأخرى غير مدخول بها، أو كانت إحداهما حاملاً والأخرى حائلاً، أو كانت إحداهما من ذوات الأقراء، والأخرى من ذوات الشهور، فأجرى على كل واحدة منهما حكمها الذي أجرته عليها لو شاركتها الأخرى في صفتها فتجري على المدخول بها حكمها كما لو كانت الأخرى مدخولاً بها وتجري على غير المدخول بها حكمها لو كانت الأخرى غير مدخول بها، وتجري على الحامل حكمها لو كانت الأخرى حاملاً، ويجري على الحائل حكمها لو كانت الأخرى حائلاً، ويجري على ذوات الأقراء حكمها لو كانت الأخرى ذات الأقراء وعلى ذات الشهور حكمها إذا لو كانت الأخرى ذات شهور.

فصل: وإن كان طلاق الزوج منها، كأنه قال: إحداكما طالق، ولم يشر بالطلاق إلى واحدة منهما فله تعيينه فيمن شاء بعد وقوعه على واحدة منهما غير معينة.

وقال داود: لا يقع المبهم ولا يتعين إذا عينه، لأن ما لم يستقر حكمه باللفظ لم يستقر حكمه بعد اللفظ، وهذا فاسد لقول النبيّ ﷺ: «ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، والطَّلَاقُ، والرَّجْعَةُ».

ولأن الطلاق يقع موقوفاً على الصفات والمبهم واحد منهما، ولأن حكم اللفظ مستقر في طلاق إحداهما، وإنما وقف تعين المطلقة على خيار وإذا كان كذلك أخذ بالتعيين فيمن شاء منهما، وهل يكون وطؤه تعييناً للطلاق في غير الموطوءة أم لا؟ على وجهين، فإذا عين الطلاق في واحدة منهما فهل يكون وقوعه في وقت اللفظ أم من وقت التعيين على وجهين، فإن فات التعيين من جهته فهل للوارث تعيينه بعد موته أم لا؟ على وجهين.

فإذا ثبتت هذه الجملة ومات الرجل قبل التعيين.

فإن قيل بوقوع الطلاق باللفظ فأول العدة من حين تلفظ بالطلاق، فعلى هذا يكون كما لو أوقع الطلاق فيه معنياً في اعتباره تلفظ بالطلاق، فعلى هذا يكون كما لو أوقع الطلاق فيه معيناً في اعتباره بائناً أو رجعياً وفي اعتباره ما بين الطلاق والموت، وإن قيل بوقوع الطلاق بالتعيين فأول العدة من حين الموت، فعلى هذا يكون كما لو مات عقيب الطلاق المعين.

فصل: وإذا مات عن زوجته فنكحت بعد شهرين من عدته وأصابها مع دخول الشبهة عليه وجاءت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما، وعدمت القافة في إلحاقه به علم أنه قد انقضت عدة إحداهما بوضع الحمل، ولزمها عدة الآخر كان الحمل لاحقاً بالميت اعتدت من الثاني بثلاثة أقراء، وإن كان لاحقاً بالثاني اعتدت للأول بقية عدته شهرين وعشرة أيام، وإذا أشكل فعليها أن تعتد بأقصى الأجلين من ثلاثة أقراء أو شهرين وعشرة أيام ـ والله أعلم بالصواب ـ.

بَــابُ مَقَامِ المُطَلَّقَةِ فِي بَيْتِهَا وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا مِنْ كِتَابِ الْعَدَدِ وَغَيْرِهِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي المُطَلَّقَاتِ ﴿لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مبيِّنَةٍ﴾ وَقَال ﷺ لِفُرَيْعَةَ بِنْتِ مَالِكٍ حِينَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ زَوْجَهَا قُتِلَ وَأَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْهَا فِي مَسْكَنٍ يَمْلِكُهُ «امْكُثِي فِي بَيْتِكِ حَتَّى يَبلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ» وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ الفَاحِشَةُ المُبَيِّنَةُ أَنْ تَبْذُوَ عَلَى أَهْلِ زَوْجِهَا فَإِذَا بَذَتْ فَقَدْ حَلَّ إِخْرَاجُهَا (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ مَعْنَى سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا أَمَرَ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ مَعَ مَا جَاءَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا أَرْسَلَتْ إِلَى مَرْوَانَ فِي مُطَلَّقَةٍ انْتَقَلَهَا «اتَّقِ اللَّهَ وَارْدُدِ المَرْأَةَ إِلَى بَيْتِهَا» قَالَ مَرْوَانَ أَمَا بَلَغَكِ شَأْنُ فَاطِمَةَ؟ فَقَالَتْ لاَ عَلَيْكَ أَنْ تَذْكُرَ فَاطِمَةَ فَقَالَ إِنْ كَانَ بِكِ شَرٌّ فَحَسْبُكِ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ مِنَ الشَّرِّ وَعَنِ ابْنِ المُسَيَّبِ تَعْتَدُّ المَبْتوتَةُ فِي بَيْتِهَا فَقِيلَ لَهُ فَأَيْنَ حَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ؟ فَقَالَ قَدْ فَتَنَتِ النَّاسَ كَانَتْ فِي لِسَانِهَا ذَرَابَةٌ فَاسْتَطَالَتْ عَلَى أَحْمَائِهَا فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَعَائِشَةُ وَمَرْوَانُ وَابْنُ المُسَيَّبِ يَعْرِفُونَ حَدِيثَ فَاطِمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ كَمَا حَدَّثَتْ وَيَذْهَبُونَ إِلَى ذَلِكَ إِنَّمَا كَانَ لِلشَّرِّ وَكَرِهَ لَهَا ابْنُ المُسَيَّبِ وَغَيْرُهُ أَنَّهَا كَتَمَتِ السَّبَبَ الَّذِي بِهِ أَمَرَهَا النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ غَيْرِ زَوْجِهَا خَوْفاً أَنْ يَسْمَعَ ذَلِكَ سَامِعٌ فَيَرَى أَنَّ لِلْمَبْتُوتَةِ أَنْ تَعْتَدَّ حَيْثُ شَاءَتْ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَلَمْ يَقُلْ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ اعْتَدِّي حَيْثُ شِئْتِ بَلْ خَصَّهَا إِذْ كَانَ زَوْجُهَا غَائِباً فَبِهَذَا كُلِّهِ أَقُولُ».

قال الماوردي: وجملته أن عدة الزوجات من وجهين من وفاة، ومن طلاق.

فأما عدة الوفاة فلا نفقة فيها، وفي السكنى قولان: نذكرهما من بعد.

وأما عدة الطلاق فضربان رجعي وبائن، فأما الرجعية فلها النفقة والسكنى لبقاء أحكام الزوجية عليها.

وأما البائن فلها حالتان: حائل وحامل.

فأما الحامل فلها النفقة والسكنى لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وأما الحائل فقد اختلف الفقهاء في وجوب النفقة لها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: لها النفقة والسكنى.

وبه قال من الصحابة عمر، وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما.

ومن التابعين: شريح.

ومن الفقهاء: أبو حنيفة وصاحباه.

والمذهب الثاني: لا نفقة لها ولا سكنى.

وبه قال من الصحابة ابن عباس.

ومن التابعين الحسن والشعبي، وعطاء.

ومن الفقهاء الزهري، وأحمد وإسحاق.

والمذهب الثالث: أن لها السكنى والنفقة.

وبه قال من الصحابة ابن عمر، وعائشة رضي الله تعالى عنها.

ومن التابعين: سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار.

ومن الفقهاء الشافعي، ومالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد، والفقهاء السبعة بالمدينة.

فأما الكلام في النفقة فيأتي.

وأما السكنى فاستدل من أسقطه بما رواه مجاهد عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت: بت زوجي طلاقي فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى، وقال: إنما النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها.

وروى أبو سلمة بن عبد الرحمٰن عن فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: والله ما لك علي من شيء، وإنما نتطوع عليك، فجاءت رسول الله ﷺ فَذَكَرَت ذَلك له فَقَالَ لَيْسَ لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي، قيل: لأنها كانت تداوي الجرحى، اعتدي في بيت ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك حيث شئت[1] قالوا: ولأن النفقة والسكنى يجريان مجرى واحد لاجتماعهما في

---

(١) أخرجه مسلم (الطلاق ـ ٣٦) وأبو داود (٢٢٨٤) والنسائي (٢/ ٧٤) والطحاوي (٢/ ٣٨) والبيهقي (٧/ ٤٣٢) وأحمد (٦/ ٤١٢).

الوجوب وفي السقوط؛ لأنها في حال الزوجية لها النفقة والسكنى، فإن نشزت سقطت النفقة والسكنى فإن طلقت رجعية فلها النفقة والسكنى، فإن طلقت مبتوتة فليس لها نفقة فوجب أن لا يكون لها السكنى.

وتحريره قياساً أن ما أسقط النفقة تسقط السكنى كالموت والنشوز؛ ولأن السكنى من موجبات النكاح والمبتوتة قد سقط حقها من موجبات النكاح كالنفقة.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] يعني من بيوت أزواجهن بعد طلاقهن.

لأن بيوتهن لا يجوز إخراجهن منها بحال ولو أتين بفاحشة مبينة، والفاحشة المبينة ها هنا ما قاله ابن عباس أن تبدو على أهل زوجها، فدل على استحقاق السكنى في عموم المطلقات فإن قيل: المراد به الرجعية دون المبتوتة، لقول الله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] يعني رجعة.

فعنه جوابان:

أحدهما: يجوز أن يكون الذي يحدثه نكاحاً.

والثاني: يجوز أن يكون أول الكلام عاماً في الرجعية والمبتوتة، وآخره خاصاً في الرجعية دون المبتوتة، وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فكان على عمومه في الزوجات والمطلقات وإن كان بالمطلقات أخص؛ لأن ما قبلها وبعدها دليل عليه.

وروي أن النبي ﷺ قال لفريعة بنت مالك، وهي أخت أبي سعيد الخدري حين أخبرته أن زوجها قتل، ولم يتركها في مسكن يملكه امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله فلما أوجب السكنى لها في عدة الوفاة فأولى أن تجب لها في عدة الطلاق، ولأنها معتدة من طلاق فوجب لها السكنى كالرجعية.

فأما حديث فاطمة بنت قيس فكان لإخراجها من بيت زوجها بسبب كتمته وقد ورد من طريقين:

أحدهما: ما رواه ميمون بن مهران قال: دخلت المدينة فسألت عن أفقه الناس بها فقالوا: سعيد بن المسيب فسألته عن سكنى المبتوتة فقال: لها السكنى، فذكرت له حديث فاطمة بنت قيس فقال: تلك امرأة فتنت الناس كان في لسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فنقلها رسول الله ﷺ لطول لسانها.

والثاني: ما روي أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق امرأته بنت عبد الرحمن بن الحكم فانتقلها أبوها عبد الرحمن فأرسلت عائشة إلى مروان اتق الله واردد المرأة إلى

بيتها، تعني أن سكناها وأجب فقال مروان، أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس؟ فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها لا عليك ألا تذكر فاطمة تعني أن تلك كان لها قصة أخرجت لها فقال مروان إن كان بك الشر يعني الذي كان من فاطمة حين أخرجت فحسبك ما بين هذين من الشر، يعني أنني أخرجتها لأجل الشر الذي أخرجت فاطمة من أجله، وقول فاطمة: لم يجعل لي نفقة ولا سكنى؛ فلأنها حين كَتَمَتْ السبب، ورأت الرسول ﷺ قد نقلها إلى بيت ابن أم مكتوم تصورت أنه نقلها لإسقاط سكناها، وهذ أدل شيء على وجوب السكنى؛ لأنه لو أسقطها لأرسلها لتسكن حيث شاءت، وروايتها عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما النفقة والسكنى للتي يملك زوجها رجعتها» يعني أن استحقاقهما معاً بمجموعهما يكون للتي يملك زوجها رجعتها؛ لأن المبتوتة لا تستحقها، وإنما تستحق أحدهما.

وأما استدلالهم بالجمع بين النفقة والسكنى في الوجوب والإسقاط فالجواب عنه أن السكنى في الزوجية من حقوق الآدميين كالنفقة؛ لأنها لا تسقط باتفاقهما على النفقة والسكنى في العدة من حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالاتفاق على النقلة فسقطت بسقوط النفقة ما كان من سكنى الزوجية لاتفاقهما في المعنى ولم يسقط سكنى العدة لاختلافهما في العلة، وبهذا المعنى وفيا في العدة بين السكنى والنفقة.

فإن قيل: فإذا كان سكنى العدة من حقوق الله تعالى لم تسقط بالبذاءة والشر.

قيل: البذاءة والشر غير موجب لسقوطها وإنما توجب النقلة فيها.

فصل: فإذا تقرر وجوب السكنى في عدة المبتوتة فلا فرق بين المسلمة والذمية؛ لأنها من حقوق الله تعالى في حفظ الأنساب فاستوى فيها المسلمة والكافرة.

فأما الأمة المبتوتة في العدة فللسيد في زمان عدتها حق الاستخدام، فإن رفع السيد يده عنها وجب لها السكنى تحصيناً لماء الزوج، وإن لم يرفع يده وأراد استخدامها لم يمنع منها نهاراً من زمان الاستخدام، لأنه لما لم يمنع منها مع بقاء النكاح فأولى أن لا يمنع منها مع زواله وللزوج أن يحصنها ليلاً إن شاء وفي أخذه به جبراً وجهان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ أَوْ لاَ يَمْلِكُهَا فَإِنْ كَانَ بِكَرَاءٍ فَهُوَ عَلَى المُطَلِّقَ وَفِي مَالِ الزَّوْجِ المَيِّتِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في وجوب السكنى، فأما موضعها فمختلف بحسب العدة، فإن كانت في طلاق رجعي فموضعها غير متعين، وهو إلى خيار الزوج في إسكانها حيث شاء من المواضع المأمونة؛ لأنه سكنى زوجية يستحق مع النفقة

فأشبهت حالها قبل الطلاق وقد كان مخيراً في نقلها كذلك بعده ويكون هذا السكنى من حقوق الآدميين، وإن كانت العدة من طلاق بائن فموضعها متعين لا يجوز نقلها منه لغير موجب وهي التي يجعلها من حقوق الله تعالى لتحصين الماء وحفظ النسب وإذا كان كذلك فالموضع المعين لسكناها هو المسكن الذي طلقها فيه لقول الله تعالى: ﴿**واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ [الطلاق: ١] يعني من بيوت أزواجهن وإضافتها إليهن لاستحقاقهن سكناها، وإذا كان كذلك لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون للزوج.

والثاني: أن يكون لها.

والثالث: أن يكون لغيرها.

فإن كان ملكاً للزوج لم يكن له إخراجها منه إلا بالبذاءة والاستطالة لقول الله تعالى: ﴿**إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ [الطلاق: ١] قال ابن عباس: هو أن تبدو على أهل زوجها.

وقال ابن مسعود: الفاحشة المبينة هي الزنا وإخراجها منه لإقامة الحد عليها، وفي حديث فاطمة بنت قيس ما يدل على صحة تأويل ابن عباس؛ لأن رسول الله ﷺ أخرجها من منزل زوجها لاستطالة وذرابة لسانها، فإذا خرجت لهذا المعنى لم يسقط حقها من السكنى ووجب نقلها إلى أقرب المواضع الممكنة منه لتكون أقرب إلى الموضع المستحق كما تنقل الزكاة عند تعذر مستحقيها في البلد الذي هي فيه إلى أقرب المواضع إليه منه، ولو بذأ عليها أحماؤها نقل أحماؤها عنه، ولم تنقل هي لتكون النقلة عنه لمن بذأ أو استطال، فإن كان مسكن الزوج يضيق عنه أقرت فيه وأخرج الزوج منه ولم تجبر إذا انفردت فيه أن تخرج منه لاستطالة ولا بذاءة لتفردها به، وإن كان المسكن لها لم يجز أن تخرج منه لاستطالة ولا غيرها وأخرج منه الزوج إن كان نازلاً فيه، ولها مطالبة الزوج بأجرته؛ لأن سكناها على الزوج لا عليها، فإن لم تطالبه بالأجرة حتى مضت مدة السكنى ففيها وجهان:

أحدهما: تستحقها؛ لأنها دين كالنفقة لو وجبت.

والوجه الثاني: قد سقطت ؛لأنها من الحقوق المشتركة فصار الإمساك عَنْهَا عفواً وإن كان المسكن لغيرهما فلا يخلو أن يكون بإجارة أو عارية، فإن كان بإجارة فهي لازمة ولا تخرج منه كما لا تخرج من ملك، والأجرة عليه دونها، فإن حدث استطالة وبذاءة فعلى ما مضى، وإن كان عارية فهي غير لازمة للمعير، فإن أقام على العارية لم يجز إخراجها منه وإن رجع عنها لم يجبر على استدامتها لأجل الطلاق وجاز

إخراجها منه بغير استطالة ولا بذاءة، وسواء كان المعير أجنبياً أو أباً أو واحد منهما ووجب على الزوج أن ينقلها إلى أقرب المواضع الممكنة منه، إما بشراء أو إجارة أو عارية فإن اتفقا على أجرة تأخذها لتسكن حيث شاءت لم يجز؛ لأن فيه إسقاطاً لتعيين المسكن المستحق تعيينه.

فأما قول الشافعي: «وفي تركة الزوج الميت» فمن أصحابنا من حمله على وجوب سكنى المتوفى عنها على أحد القولين، ومن أصحابنا من حمله على المبتوتة إذا مات زوجها قبل انقضاء العدة في استحقاقها السكنى في تركته قولاً واحداً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَلِزَوْجِهَا إِذَا تَرَكَهَا فِيمَا يَسَعُهَا مِنَ المَسْكَنِ وستر بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا أَنْ يَسْكُنَ فِي سِوَى مَا يَسَعُهَا قَالَ المُزَنِي: هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَذَلِكَ عِنْدِي أَوْلَى وَقَدْ بينت ذَلِكَ فِي هَذَا الْبَابِ وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ لَا يُغْلَقُ عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا حُجْرَةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ بَالِغٌ مِنَ الرِّجَالِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في وجوب سكنى المبتوتة ثم مضى الكلام بعده في موضع السكنى، وهذه المسألة في قدر المسكن وذلك معتبر بمسكن مثلها في العرف، لأن ما لم يتقدر لغة ولا شرعاً تقدر بالعرف المعهود، وإذا كان كذلك روعي فيه عدمها لا عرف الزوج بخلاف النفقة، وسكنى الزوجية التي يراعي فيها حال الزوج دونها؛ لما توجه في هذا السكنى من حق الله تعالى عليها، فإن كانت جليلة القدر كثيرة الجهاز والخدم احتاجت إلى مسكن مثلها من دار واسعة ذات حجر يسعها ويسع جهازها وخدمها وإن كانت من أوساط الناس ذات جهاز مقتصد وخادم واحد فدار مقتصدة لمثلها من غير حجرة تزيد عليها، وإن كانت من دناة الناس فمنزل لطيف أو بيت في خان مشترك بحسب العرف في قدره وموضعه من أطراف البلد، فهذا هو المسكن المعتبر في سكناها بعد الطلاق ولا يعتبر ما كان يسكنها الزوج فيه قبل الطلاق؛ لأنها قد تكون جليلة القدر فتقنع من زوجها لما هو أقل من مسكن مثلها فلا يلزمها أن تسكن بعد الطلاق في مثله، وقد تكون من دناة الناس فيسكنها الزوج فيما هو أكثر من حقها فلا يلزمه بعد الطلاق أن يسكنها في مثله فلا يراعي ما اقتضت به الزوجة ولا ما تبرع به الزوج بل يراعى العرف في مسكن مثلها.

فصل: فإذا تقرر هذا لم يخل مسكنها وقت الطلاق من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون مسكن مثلها، فعليه أن يقرها فيه ولا تخرج منه؛ لأن حقها قد تعين فيه بطلاقها فيه فلم يجز إخراجها منه ولم تنتقل عن حقها فوجب إخراج الزوج منه.

والحال الثانية: أن يكون أقل من مسكن مثلها، فإن قنعت به أقرت فيه، ولم تخرج منه وإن لم تقنع وجب على الزوج أن يكمل حقها في مسكن مثلها، فإن قدر على دار تلاصقها تضاف إليها فعل ولم يجز أن تخرج من دارها إلا للارتفاق بما أضيف إليها من باب بينهما، وإن لم يقدر على دار تلاصقها استأجر لها مسكن مثلها في أقرب المواضع من دار طلاقها، وكان انتقالها إليها لعذر في استيفاء الحق فجاز.

والحال الثالثة: أن يكون أكثر من مسكن مثلها فهي مسألة الكتاب، وقد قال الشافعي: «وللزوج إذا تركها فيما يسعها من المسكن وستر ما بينه وبينها أن يسكن في سوى ما يسعها».

وتفصيله أن يراعي حال المسكن، فإن كان دار ذات حجرة تنفذ إليها سكنت فيها مسكناً مثلها والزوج في الأخرى بعد سد المنفذ أو غلقه، فإن كان مسكن مثلها الدار سكنتها والزوج في الحجرة، وإن كان مسكن مثلها الحجرة سكنتها والزوج في الدار، وتكون الدار والحجرة كدارين متجاورتين، وإن لم يكن للدار حجرة، وكان لها علو كان العلو كالحجرة، فإن كان مسكن مثلها العلو سكنته والزوج في السفل، وقطع ما بين العلو والسفل بغلق باب أو سده، وإن لم يكن للدار علو فلها حالتان:

إحداهما: أن تكون واسعة تكتفي كل واحد منهما بجانب منها فإن قطع بين الجانبين بحاجز من بناء مكين أو خشب وثيق جاز أن تنفرد الزوجة بالسكنى في أحد الجانبين والزوج في الجانب الآخر، وإن لم يكن معها دون محرم، ولا نساء ثقات، لأنها بالقطع قد صارت كالدارين وإن لم يقطع بينهما بحاجز لم يجز أن ينفرد بأحد الجانبين إلا مع ذي محرم أو نساء ثقات قال النبي ﷺ لا يخلو رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان.

والحال الثانية: أن تكون الدار ضيقة لا تحتمل أن تقطع بحاجز فلها حالتان:

أحدهما: أن تكون ذات بيوت يمكن إذا أسكن أحدهما في بيت منها، وسكن الآخر في بيت آخر أن لا تقع عين أحدهما على الآخر فيجوز أن تسكن الزوجة في بيت منها إذا كان معها ذو محرم بالغ، أو نساء ثقات لتكون محفوظة بمراقبة ذي المحرم البالغ والنساء الثقات، ويسكن الزوج في بيت آخر من الدار وإن كرهنا ذلك له حذراً من أن تقع عينه عليها.

والحال الثالثة: أن تكون الدار ذات بيت واحد إذا اجتمعا فيه لا يمكن أن لا تقع عين أحدهما على الآخر فلا يجوز أن تسكن معه فيه، وإن كان معها ذو محرم أو نساء ثقات؛ لأن العين لا تحفظ عند إرسالها قد صرف رسول الله ﷺ وجه الفضل بن العباس، وكان رديفه بمنى عن الخثعمية حين جعل ينظر إليها وجعلت تنظر إليه،

وقال: شاب وشابة وخفت أن يدخل الشيطان بينهما فقد منع ذلك وهو أعظم من المحرم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ عَلَى زَوْجِهَا دَيْنٌ لَمْ يَبِعْ مَسْكَنَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا وَذَلِكَ أَنَّهَا مَلَكَتْ عَلَيْهِ سُكْنَى مَا يَكْفِيهَا حِينَ طَلَّقَهَا كَمَا يَمْلِكُ مِنْ يَكْتَرِي».

قال الماوردي: وهذا كما قال: لأن حقها في السكنى متعلق بذمته، وفي عين مسكنه فكان أوكد من الديون المختصة بذمته فلم يجز لأجل ذلك أن يباع مسكنها في دينه قبل انقضاء عدتها، فإن باعه في دين أو غير دين نظر حال العدة، فإن كانت مجهولة المدة لكونها حاملاً أو من ذوات الأقراء فالبيع باطل؛ لأن الجهل بسكنى المدة المستحقة مفض إلى الجهل بثمن المبيع فصار به البيع باطلاً، وإن كانت معلومة المدة لكونها بالشهور فصارت سكناها مستحقة في العدة كاستحقاقها في الإجارة، وقد اختلف قول الشافعي في بيع الدار المؤاجرة على قولين:

أحدهما: باطل فعلى هذا بيعها في العدة أولى أن يكون باطلاً.

والقول الثاني: أن بيعها في الإجارة جائز، فعلى هذا في بيعها إذا استحقت في العدة ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول متقدمي أصحابنا بيعها جائز في العدة لجوازه في الإجارة.

الوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن بيعها لا يجوز في العدة وإن جاز في الإجارة؛ لأن المعتدة قد تموت فيعود السكنى إليه فيصير في حكم من باع داراً واستثنى سكناها لنفسه، ولو فعل ذلك كان البيع باطلاً فكذلك ما أفضى إليه وصار بخلاف موت المستأجر الذي لا يقتضي عود السكنى إليه.

والوجه الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه إن كانت المعتدة ممن يجوز أن تنتقل عدتها من الشهور إلى الأقراء لكونها مراهقة يجوز أن يتعجل حيضها ومؤيسة يجوز أن يعود الحيض إليها فالبيع باطل؛ لأن المدة تتردد بين الجهالة والعلم؛ وإن لم يجز أن تنتقل من الشهور إلى الأقراء لكونها صغيرة لا يجوز أن تحيض قبل شهور عدتها كان البيع جائزاً كالإجارة وليس لما ذكر من الفرق بينهما بحدوث الموت وجه؛ لأن أحكام العقود محمولة على السلامة كما تحمل إجارة الدار والعبد على الصحة اعتباراً بالسلامة، وإن جاز أن تبطل بانهدام الدار ومَوْتِ العبد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ فِي مَنْزِلٍ لاَ يَمْلِكُهُ وَلَمْ يَكْتَرِهِ فَلأَهْلِهِ إِخْرَاجُهَا وَعَلَيْهِ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا طلقها وهي في منزل لا يملكه فلا يخلو حاله من أن يكون مستأجراً أو معاراً، فإن كان مستأجراً فقد ملك سكناه فيلزم إقرارها فيه كما تقر في ملكه ما لم تنقض الإجارة، وإن كان المنزل معاراً فما لم يرجع فيه المعير فهي مقرة على السكنى ما أقرها المالك، فإن رجع المعير أو انقضت مدة الإجارة فقد استحق إخراجها منه، ولمالكه حالتان:

إحداهما: أن يبذله بأجرة مثله، فعلى الزوج بذلها له وتقر المعتدة فيه إلى انقضاء عدتها ولا يجوز إخراجها منه.

والحال الثانية: أن يمتنع المالك في بـذل المنزل بأجرة المثل، ويقيم على استرجاعه أو بأكثر من أجرة مثله فهو في الحالين مانع منه؛ لأن طلب الزيادة على أجرة المثل في حكم المانع، وإذا صار مانعاً من إقرارها في منزله لم يجبر عليه ووجب نقلها وعلى المطلق أن يستأجر لها مسكناً مثلها في أقرب المواضع بالمسكن الذي طلقت فيه فإن أجاب المالك إلى بذله بعد نقلها منه نظر في بذله، فإن كان بعارية لم يجز أن يعاد إليه لجواز أن يرجع في العارية فينقلها ثانية، و إن كان بإجارة نظر في المسكن الذي انتقلت إليه فإن كان عارية أعيدت إلى المسكن الذي طلقت فيه لجواز أن يرجع المعير فتخرج منه فتكون في عودها إلى منزل الطلاق مع لزوم سكناه أحق من غيره وإن كانا جميعاً مستأجرين احتمل وجهين:

أحدهما: تقر في المنزل الذي انتقلت إليه تغليباً لحكم الاستقرار فيه.

والوجه الثاني: تعاد إلى المنزل الذي طلقت فيه تغليباً لحكم الطلاق فيه.

فصل: فأما إذا مات الزوج في تضاعيف عدتها وأراد الورثة أن يقتسموا مسكنها فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون قسمة مناقلة فيأخذ بعضهم الدار، ويأخذ الباقون غيرها جاز سواء قيل: إن القسمة بيع أو تمييز نصيب لاستحقاق السكنى في تركتهم بخلاف المشترى في البيع ولها سكنى الدار في بقية عدتها، ولا يرجع من صارت الدار في سهمه بأجرة سكناها على شركائه؛ لأنه ملكها بالقسمة بعد أن صارت مسكن المنفعة في تلك المدة.

والضرب الثاني: يقتسموها قسمة إجارة فيقسم كل واحد حصته فيها مجازة فَهَذا في ضربين:

أحدهما: أن يحجز كل واحد منهم ما حازه بحاجز فليس لهم ذلك سواء قيل: إن

القسمة بيع أو تمييز نصيب، لأنها استحقت سكنى دار غير محجزة بالقسمة فلم يجز إدخال الضرر عليها بالقسمة.

والضرب الثاني: أن لا يحجز كل واحد منهم حصته ويقتصر على علامة يتميز بها ما حازه فتجوز هذه القسمة؛ لأنه لا يدخل على المعتدة بها ضرر والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «إِلاَّ أَنْ يُفْلِسَ فَتَضْرِبُ مَعَ الغُرَمَاءِ بِأَقَلِّ قِيمَةِ سُكْنَاهَا وَتَتْبَعُهُ بِفَضْلِهِ مَتَى أَيْسَرَ».

قال الماوردي: وصورتها أن يفلس زوج المعتدة وتستحق سكنى العدة فللزوج حالتان:

إحداهما: أن يملك مسكن عدتها.

والثاني: أن لا يملكه.

فإن كان مالكه فلا يخلو حال الحجز عليه بفلسه من أن يكون قبل الطلاق أو بعده، فإن كان قبل الطلاق فقد سبق استحقاق الغرماء لذلك المسكن على استحقاقها لسكنى العدة؛ فيكونون أحق به منها ويضرب معهم بأجرة سكناها وإن كان الحجر عليه بعد الطلاق فالمطلقة أحق بسكنى الدار في عدتها من الغرماء لأن حقها قد تعلق بذمة الزوج وتعين فيه المسكن فاختصت به في مدة السكنى دونهم كما يختص المرتهن بثمن الرهن دونهم لثبوت حقه في العين والذمة وانفراد حقوقهم بالذمة دون العين.

فصل: وإن كان الزوج غير مالك لمسكن عدتها ضربت مع الغرماء بأجرته في مدة العدة وكانت أسوة جميعهم في ماله سواء كان متقدماً على حجره للغرماء أو متأخراً عنه؛ لأنه وإن تقدم على الحجر فقد صار الحجر لها ولهم وإن تأخر فهو سبب قد يقدم على الحجر وهو النكاح فصار كالمستحق قبل الحجر وخالف ما اشتراه بعد حجره في أن بائعه لا يضرب مع الغرماء بثمنه لا مستحدث السبب في الاستحقاق بعد وقوع الحجر.

فصل: فإذا تقرر أنها تضرب مع الغرماء بأجرة سكناها فلها حالتان:

إحداهما: أن تكون مقدمة بالشهور لصغر أو إياس فتضرب معهم بأجرة مسكنها في شهور العدة وهي ثلاثة.

والحال الثانية: أن تكون عدتها غير مقدرة بالشهور؛ لأنها حامل أو من ذوات الأقراء فلا يخلو أن تكون لها عادة في الحمل والأقراء أو تكون مبتدأة فإن كان لها عادة في الحمل والأقراء أن يكون حملها تسعة أشهر، وأن يكون لها في كل شهر قرء فتحمل في سكنى العدة التي تضرب بها مع الغرماء على عادتها في الحمل والأقراء فإن

كانت حاملاً كانت مدة سكناها تسعة أشهر وإن جاز أن تزيد أو تنقص، وإن كانت من ذوات الأقراء كان مدة سكناها ثلاثة أشهر، وإن جاز أن تزيد أو تنقص اعتباراً بغالب عادتها لينظر ما يكون منها في انقضاء عدتها، وإن لم تكن لها عادة في الحمل ولا في الأقراء فقد قال أبو علي بن أبي هريرة، واختاره أبو حامد الإسفراييني أنها تضرب مع الغرماء بأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر وبأقل مدة ثلاثة أقراء، وهي اثنان وثلاثون يوماً وساعتان اعتباراً باليقين فيما تستحقه، وعندي: أنها تضرب معهم في الغالب من مدة الحمل وهي تسعة أشهر، وبالغالب من مدة الأقراء وهي ثلاثة أشهر؛ لأنه لما حملت المعتادة على غالب عادتها مع جواز النقصان ولم يحمل على اليقين في الأقل وجب أن تكون غير المعتادة محمولة على الغالب من عادة غيرها، ولا تحمل على اليقين في النقصان.

فصل: فإذا ثبت ما تضرب به مع الغرماء، وكان مقدراً بثلاثة أشهر في الأقراء وبتسعة أشهر مع الحمل نظر أجرة مثل سكناها في هذه المدة فإن كانت ستين درهماً نظر مال المفلس مع ديونه، فإن كان بقدر نصفها ضربت معهم بثلثها وذلك عشرون درهماً فإذا أخذتها تولى الزوج استئجار المسكن لها بذلك دونها؛ لأن حقها في السكنى دون الأجرة فإذا سكنت تلك المدة سكنت بعدها في بقية المدة حيث شاءت، لأن للزوج أن يحصنها في العدة حيث يشاء إذا أقام لها بالسكنى فإذا لم يقم به سقط خياره وكان الأمر لها في السكنى حيث تشاء من المواضع المأمونة على مثلها وكان ما بقي لها من أجرة السكنى معتبر المقدار بانقضاء العدة ولا يخلو حالها في انقضائها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينقضي في مدة مثل المدة المقدرة لها من غير زيادة ولا نقصان وتضع حملها في تسعة أشهر وينقضي أقراؤها في ثلاثة أشهر فقد استوفت ما استحقته مع الغرماء، وإن كان الباقي ديناً لها في ذمة الزوج يرجع به عليه إذا أيسر.

والقسم الثاني: أن تنقضي عدتها في أقل من المدة المقدرة لها فتضع حملها في ستة أشهر، وتقضي ثلاثة أقراء في شهرين فتصير مدة العدة ثلثي المدة المقدرة فترد على الغرماء ثلث ما أخذته؛ لأنها ضربت معهم بما هي مستحقة لثلثيه.

والقسم الثالث: أن تنقضي عدتها في أكثر من العدة المقدرة لها فتضع حملها في سنة وتقضي أقراءها في أربعة أشهر فتزيد عدتها ثلث العدة المقدرة لها فهل ترجع به على الغرماء أو يكون في ذمة الزوج على ثلاثة أوجه.

أحدها: أنها ترجع به على الغرماء كما لو ظهر غريم ضرب معهم بقدر حقه.

والوجه الثاني: أنها لا ترجع به على الغرماء ويكون مع بقية السكنى ديناً على

الزوج بخلاق الغريم إذا حدث؛ لأنها ضربت بهذا القدر مع العلم بجواز الزيادة عليه وخالف الغريم الذي لم يعلم به.

والوجه الثالث: إن كانت الزيادة في مدة الحمل رجعت بها على الغرماء، وإن كانت في مدة الأقراء لم يرجع بها عليهم، لأن وضع الحمل مشاهد يمكن أن تقوم به بينة، ومدة الأقراء مظنونة لا تقوم بها بينة ويرجع إلى قولها في حق الزوج دون غيره فافترقا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِن كَانَت هَذِهِ المَسَائِلُ فِي مَوْتِهِ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا مَا وَصَفْتُ وَمَنْ قَالَهُ احْتَجَّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِفُرَيْعَةَ: «امْكُثِي فِي بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ» وَالثَّانِي أَنَّ الاِخْتِيَارَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَسْكِنُوهَا فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَقَدْ مَلَكُوا دُونَهُ فَلاَ سُكْنَى لَهَا كَمَا لاَ نَفَقَةَ لَهَا وَمَنْ قَالَهُ قَالَ إِنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ لِفُرَيْعَةَ: «امْكُثِي فِي بَيْتِكِ مَا لَمْ يُخْرِجْكِ مِنْهُ أَهْلُكِ» لأَنَّهَا وَصَفَتْ أَنَّ المَنْزِلَ لَيْسَ لِزَوْجِهَا (قال المُزني) هَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ لاَنَفَقَةَ لَهَا حَامِلاً وَغَيْر حَامِلٍ وَقَد احْتَجَّ بَأَنَّ المِلْكَ قَد انْقَطَعَ عَنْهُ بِالمَوْتِ (قال المزني) وَكَذَلِكَ قَدِ انْقَطَعَ عَنْهُ السُّكْنَى بِالمَوْتِ وَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّ مَنْ وَجَبَتْ لَهُ نَفَقَةٌ وَسُكْنَى مِنْ وَلَدٍ وَوَالِدٍ عَلَى رَجُلٍ فَمَاتَ انْقَطَعَتِ النَّفَقَةُ لَهُمْ وَالسُّكْنَى لأَنَّ مَالَهُ صَارَ مِيرَاثاً لَهُمْ فَكَذَلِكَ امْرَأَتُهُ وَوَلَدُهُ وَسَائِرُ وَرَثَتِهِ يَرِثُونَ جَمِيعَ مَالِهِ».

قال الماوردي: أما النفقة فلا تجب في عدة الوفاة إجماعاً حاملاً كانت أو حائلاً، وفي وجوب السكنى قولان:

أحدهما: لا سكنى لها.

وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وعائشة رضي الله تعالى عنهم: وهو قول أبي حنيفة والعراقيين واختيار المزني.

والقول الثاني: لها السكنى.

وبه قال من الصَّحابة عمر، وعثمان، وابن عمر، وابن مسعود وزيد بن ثابت، وأم سلمة رضي الله عنهم: وهو قول مالك، وكثير من الفقهاء.

واستدل من أسقط السُّكنى بأن السكنى تجري مجرى النفقة؛ لأنها تجب بوجوبها في الزوجية وتسقط بسقوطها في النشوز، وقد سقطت النفقة بالموت فوجب أن تسقط به السكنى وتحريره قياساً: أن ما استحق في مدة الزوجية سقط في عدة الوفاة كالنفقة؛ ولأن ملكه قد انتقل بموته إلى وارثه فاقتضى أن لا يجب السكنى على الزوج لزوال ملكه كما لم تجب عليه النفقة، وأن لا تجب على الوارث المالك؛ لأن غير زوج كما لا تجب عليه النفقة؛ ولأنه لو وجبت لها السكنى حاملاً لوجبت لها النفقة حاملاً

كالمبتوتة، وفي سقوط نفقتها في الحالين دليل على سقوط سكناها في الحالين ولأنه لما سقط بالموت سكنى الأقارب لسقوط نفقاتهم وجب أن يسقط به سكنى الزوجات لسقوط نفقاتهم.

واستدل من أوجب السُّكنى بما روته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت رسول الله ﷺ فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أَعْبُدٍ لَه أَبِقُوا حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، قالت: فسألت رسول الله ﷺ: أن أرجع إلى أهلي في بني خدرة. فإنه لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقال رسول الله ﷺ: نعم، فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دَعاني أو أمر بي فدعيت له، فقال: كيف؟ فرددت عليه القصة فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشراً؛ فلما كان عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ أرسل إلي وسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به، فلو لم تستحق السُّكنَى على الزوج لما أعادها إلى مسكن قد استعاره ولم يملكه.

فإن قيل: فكيف أذن لها في النقلة ثم منعها ففيها تأويلان::

أحدهما: أنه كان لسهو أسقط منه.

والثاني: أنه كان لاجتهاد نقل عنه.

فإن قيل: فعلى هذا يكون نسخاً والنسخ قبل الفعل لا يجوز.

قيل: إنما لا يجوز نسخه قبل زمان فِعْلِهِ، ويجوز قبل فعله، ولأن العدة إذا وجبت بموت الزوج تحصيناً لمائه وحفظاً لحرمته كانت أوكد من عدة الطلاق المختصة بتحصين مائه دون حرمته فاقتضى أن يكون بوجوب السكنى أحق من الطلاق.

وتحريره قياساً: أنها عدة من نكاح فوجب أن تستحق فيها السكنى كالطلاق؛ ولأنها لما خصت بالسكنى في عدة الطلاق مع قدرة الزوج على نفي ولدها باللِّعان كان أولى أن يختص بالسُّكْنَى فِي عِدَّةِ الوَفَاةِ مع عَدَمِ القدرة على نفي ولدها باللعان؛ ولأن المغلب في عدة الوفاة التعبد، والاستبراء تبع، والمغلب في عدة الطلاق الاستبراء والتعبد تبع؛ لأن غير المدخول بها تجب عليها عدة الوفاة ولا تجب عليها عدة الطلاق فلما وجب السكنى في الاستبراء كان أولى أن تجب في التعبد؛ لأن حقوق الله أوكد ولفحوى هذا المعنى فرقنا بين النفقة والسكنى وبين سكنى الأقارب والزوجات والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يُسْكِنُوهَا حَيْثُ شَاءُوا إِذَا

كَانَ مَوْضِعُهَا حِرْزاً وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْتَنِعَ وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يَخُصَّهَا حَيْثُ تَرْضَى لِئَلَّا يَلْحَقَ بِالزَّوْجِ مَنْ لَيْسَ لَهُ».

قال الماوردي: إذا تقرر هذا أن السكنى في عدة الوفاة على قولين فللمعتدة بعد الوفاة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون على حال الزوجية إلى حين الوفاة فتعتد بالموت فهذه التي في وجوب سكناها قولان.

والحال الثانية: أن تكون في عدة من طلاق بائن فيموت زوجها، وهي في العدة فتعتد عدة الطلاق ولها السكنى قولاً واحداً؛ لأنها عدة طلاق لم يتعين بالوفاة فلم يسقط بها حكم السكنى، فإن كانت في مسكن زوجها استكملت فيه عدتها وإن كانت في غيره أخذت من تركته قدر أجرته.

والحال الثالثة: أن تكون في عدة من طلاق رجعي فيموت زوجها، وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة دون الطلاق؛ لأنها في حكم الزوجات وتسقط نفقتها كما تسقط نفقة الزوجة، فأما السكنى فإن قيل بوجوبه في عدة الوفاة كان وجوبه لهذه أولى، وإن قيل بسقوطه في عدة الوفاة كان فيه لهذه الرجعية وجهان:

أحدهما: لا سكنى لها؛ لأنها ليست أوكد حالاً من الزوجات.

والثاني: أن لها السكنى وإن لم تجب في عدة الوفاة استصحاباً لوجوبها فيما تقدم من عدتها كالبائن.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا تفرعت أحكام السكنى على القولين، فإن قلنا بوجوبها استقرت في تركة الزوج وروعي حال مسكنها فإن كان ملكاً للزوج أخذ الورثة جبراً بإقرارها فيه وأخذت جبراً إن امتنعت بالسكنى فيه، وإن راضاها الورثة على الخروج منه أحدهما أو السُّلطان جبراً بذلك لما فيه من حق الله تعالى الذي لا يضاع، ولو لم يكن مسكنها ملكاً للزوج وجب في تركته أجرة مسكنها، وقدمت به على الوصايا والميراث، فإن زاحمها الغُرَمَاء اسْتَهَمُوا في التركة على ما ذكرنا في فلسه، فإن لم يكن للزوج تركة يحتمل السكنى لم يلزم الورثة دفعها من أموالهم ودفعها السلطان من بيت المال لما يتعلق بها من حق الله تعالى في إقامة ما تعبد به، فإن تعذر دفعها من بيت المال سكنت المعتدة حيث شاءت، وحفظت في نفسها حق الله تعالى، وحق الميت.

وإن قيل بسقوط السكنى فلا حق لها في تركته ولا على ورثته ولا في بيت المال، ولها أن تسكن حيث شاءت؛ لأنه إذا أسقط حقها من السكنى سقط ما عليها منه إلا أن

تجد متطوعاً بسكناها فتصير السكنى واجباً عليها وليس يخلو المتطوع بسكناها من أحد ثلاثة أصناف:

أحدها: الوارث يتطوع بسكناها إما من التركة إن كانت أو من ماله تحصيناً لماء ميته فيلزمها إجابته إذا أقام لها به أو بذل لها أجرته، فإن أمكنه مسكن طلاقها كان أولى وأن أعوزه فأقرب المساكن به، فإن أمكنه مسكن طلاقها فعدل بها إلى غيره جاز؛ لأنه متطوع بكل واحد منهما.

والقسم الثاني: السُّلطان لما يراه من حفظ حقوق الله تعالى في حراسة الأنساب قد خص رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس في عدتها حين أمرها أن تسكن في بيت ابن أم مكتوم ويدفع سكناها من بيت المال؛ لأنه من جعلة المصالح الخاصة التي له فعلها وإن لم تجب.

والقسم الثالث: أجنبي يتطوع بسكناها فننظر حاله، فإن كان متهوماً ذا ريبة لم يتعرض لها، وإن كان سليماً ذا دين قام بذله لسكناها مقام بذل الورثة ولزمها إن تسكن حيث يسكنها إذا كان مسكن مثلها وأمنت على نفسها فيكون وجوب السكنى عليها مشروطاً بهذين الشرطين، فإن رضيت بدون مسكن مثلها جاز، وإن رضيت بما لا يأمنه على نفسها لم يجز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَذِنَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ فَنَقَلَ مَتَاعَهَا وَخَدَمَهَا وَلَمْ تَنْتَقِلْ بِبَدَنِهَا حَتَّى مَاتَ أَوْ طَلَّقَ اعْتَدَّتْ فِي بَيْتِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ».

قال الماوردي: إذا أَذِنَ لمستحقة السكنى في العدة أن تنتقل مِنْ دَاره إلى أخرى ثم مات أو طلق فإن كان ذلك، وهي مقيمة في الدَّار الأولى ببدنها، ورحلها، وخدمها اعتدت فيها، ولم تعتد في الثانية ولم يكن لما تقدم من الإذن بالنقل بأثر، ولم يجز أن تنتقل في العدة إلى الدار الثانية، وإن كان المَوْتُ أو الطَّلاق بعد الانتقال إلى الدار الثانية ببدنها ورحلها وخدمها اعتدت في الدار الثانية، ولم يجز أن تعود في العِدَّة إلى الدار الأولى وإن كان الموت أو الطلاق بعد أن نقلت رحلها وخدمها إلى الدار الثانية وهي مقيمة ببدنها في الدار الأولى اعتدت في الدار الأولى دون الثانية، وإن كان الموت أو الطلاق بعد أن انتقلت ببدنها إلى الدار الثانية، وبقي رحلها وخدمها في الدار الأولى اعتدت في الدار الثانية اعتباراً ببدنها دون رحلها وخدمها، وكذلك في الأيمان لو قال: والله لأسكنت هذه الدار، فانتقل منها ببدنه دون رحله وخدمه بر ولو نقل رحله وخدمه وهو مقيمٌ ببدنه حَنِثَ.

وقال أبو حنيفة: الاعتبار في الأيمان برحله وماله دون بدنه، فإذا حلف لايسكنها فنقل رحله وخدمه وهو مقيم ببدنه بر ولو انتقل ببدنه خلف فيها رحله وخدمه

حنث، وكذلك لو قال: والله لأسكنن هذه الدار، فالبر يتعلق برحله، وخدمه دون بدنه.

وقال مالك: وإن قال والله لأسكننها تعلق البر بنقل رحله وخدمه دون بدنه كما قال أبو حنيفة.

ولو قال: والله لأسكنن هذه الدار تعلق البر ببدنه دون رحله وخدمه كما قلنا، والصحيح أن يكون المعتبر من الأيمان من العدة بنقله البدن دون الرحل والخدم لقول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٩] فأخبر أن بيوت المتاع غير مسكونة وقال تعالى حكاية عن إبراهيم عليه السلام: ﴿رَبَّنَا إِنِّي أَسْكَنْتُ مِنْ ذُرِّيَّتِي بِوَادٍ غَيْرِ ذِي زرعٍ عِنْدَ بَيْتِكَ الْمُحَرَّمِ﴾ [إبراهيم: ٣٧] فأخبر بإقامتهم فيه مع خلوهم من رحلهم ومالهم فثبت أن الاعتبار بالبدن دون الرحل والمال؛ ولأنه لما كان المسافر ببدنه دون ماله يزول عنه حكم المقام وتجري عليه صفة السفر من استباحة الرخص، ولو أقام ببدنه دون ماله جرى عليه حكم الإقامة في حظر الرخص دل على اختصاص السكنى والانتقال بالبدن دون المال.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من اعتبار الانتقال بالبدن دون الرحل والمال فطلقت بعد خروجها من الدار الأولى وقبل وصولها إلى الدار الثانية ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي: عليها أن تعتد في الدار الثانية؛ لأنها قد صارت هي المسكن.

والثاني: أنها بالخيار في أن تعتد في الأولى أو الثانية؛ لأنها بينهما.

والوجه الثالث: أن يعتبر بالقرب فيرجع حكمه، فإن كانت إلى الدار الأولى أقرب اعتدت فيها وإن كانت إلى الثانية أقرب اعتدت فيها، ويشبه أن يكون قول أبي الفياض، ولكن لو انتقلت ببدنها إلى الدار الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل رحلها فطلقها وهي فيها اعتدت في الثانية؛ لأن عودها إلى الأولى لم يكن بمقام ونقلة فصارت كالمطلقة إذا دخلت دار جار لحاجة.

فصل: ولو طلقها في الدار الأولى واحدة ثم كمل طلاقها ثلاثاً في الدار الثانية عادت إلى الدار الأولى فأكملت فيها بقية العدة الأولى؛ لأن أول عدتها من الطلاق المبتوت في الثانية من وقت الطلاق الرجعي في الأولى فلذلك لزمها الاعتداد فيها آخراً كما اعتدت فيها أولاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ خَرَجَ مُسَافِراً بِهَا أَوْ أَذِنَ لَهَا فِي

الحَجِّ فَزَايَلَتْ مَنْزِلَهُ فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا ثَلاَثاً فَسَوَاءٌ لَهَا الخِيَارُ فِي أَن تَمْضِيَ لِسَفَرِهَا ذَاهِبَةً وَجَائِيَةً وَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تَرْجِعَ إِلَى بَيْتِهِ قَبْلَ أَنْ تَقْضِي سَفَرَهَا».

قال الماوردي: وصورتها أن يأذن لزوجته في السفر، إما معه أو مع غيره ثم يموت عنها أو يطلقها بعد إذنه، فإن كان ذلك قبل خروجها من منزله لزمها أن تقيم، وتعتد فيه سواء برزت برحلها أم لا، وإن كان ذلك بعد خروجها من منزله ففيما تستقر به دخولها في السفر المأذون فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، والظاهر من منصوص الشافعي أن بخروجها من منزله قد استقر لها السفر بإذنه وإن كانت في بنيان بلده اعتباراً بمفارقة المنزل المسكون فلا يلزمها بعد الخروج منه أن تقيم ولها أن تتوجه بعد الطلاق في سفره.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يستقر دخولها في السفر إلا بمفارقة آخر بنيان البلد اعتباراً بمفارقة البلد المستوطن لتصير بحيث يستباح قصر الصلاة في السفر، فعلى هذا يلزمها ما لم تفارق آخر بنيان البلد حتى مات أو طلقها أن تعود إليه، وتعتد في المنزل الذي خرجت منه، فإن طلقت وقد فارقت آخر بنيان البلد لم يلزمها العود إليه.

والوجه الثالث: حكاه أبو علي بن أبي هريرة لايستقر دخولها في السفر إلا أن تنتهي إلى مسافة يوم وليلة اعتباراً بالسفر الذي تستباح فيه الرخص فما لم تبلغ إليه فعليها إذا مات أو طلق أن تعود في منزلها، فإن بلغت مسافة يوم وليلة حين مات أو طلق لم يلزمها العود.

فصل: فإذا استقرت في السفر الذي يسقط به وجوب العود إلى بلدها إذا مَات أو طلق على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة انتقل الكلام إلى خيارها في العود والتوجه وذلك معتبر بالسفر المأذون فيه، وهو على ضربين: سفر عود، وسفر نقلة.

فأما سفر العود فهو أن يأذن لها في السفر إلى بلد الحج، أو زيارة، أو قضاء حاجة ثم تعود منه فهي بعد حدوث الموت أو الطلاق مخيرة بين التوجه أو العود إذا كانت في الحالين آمنة لا يختلف فيه أصحابنا لتساويهما في أنها غير مستوطنة لواحد منهما، والأولى بها أن تقصد أقرب البلدين إليها لتقضي عدتها في الحضر فهو أولى من قضائها في السفر، فإن قصدت أبعد البلدين جاز ولا حرج عليها.

وأما سفر النقلة فهو أن يأذن لها في السفر إلى بلد لتستوطنه وتقيم فيه ففيه عند حدوث الموت والطلاق ثلاثة أوجه، كما لو أمرها أن تنتقل من دار إلى أخرى:

أحدها: عليها أن تتوجه إلى البلد المأذون فيه وتعتد فيه ولا يجوز أن تعود إلى البلد الذي خرجت منه؛ لأنها لما فارقت الأول صار الثاني هو الوطن.

والوجه الثاني: أنها بالخيار في التوجه والعود لخروجها عنه.

والوجه الثالث: أنها إن كانت إلى البلد الذي تنتقل إليه أقرب فعليها التوجه إليه لتعتد فيه، وإن كانت إلى البلد الذي فارقته أقرب كانت مخيرة بين العود والتوجه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ تُقِيم فِي المِصْرِ الَّذِي أَذِنَ لَهَا فِي السَّفَرِ إِلَيهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَذِنَ لَهَا فِي المُقَامِ فِيهِ أَوْ النَقَلَةِ إِلَيهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَيهَا إِذَا بَلَغَتْ ذَلِكَ المِصْرَ فَإِنْ كَانَ أَخْرَجَهَا مُسَافِرَةً أَقَامَتْ مَا يُقِيمُ المُسَافِرُ ثُمَّ رَجَعَتْ وَأَكْمَلَتْ عِدَّتَهَا».

قال الماوردي: إذا وصلت إلى البلد الذي أذن لها بالسفر إليه، وقد عرفت موته، أو طلاقه في طريقها فاختارت التوجه إلى البلد، أو عرفته بعد وصولها إلى البلد فالحكم بعد الوصول إليه في الحالين سواء، ولا يخلو حال إذنه لها في السفر من خمسة أقسام:

أحدها: أن يأذن لها في النقلة إليه مستوطنة له فعليها أن تقضي فيه عدتها، ولا يجوز أن تخرج منه قبل انقضاء العدة فيه؛ لأنه قد صار لها في هذه الحال وطناً فصار كطلاقه لها في بدنه.

والقسم الثاني: أن يأذن لها أن تسافر إليه لحاجة تتقدر بعد دخولها بالفراغ منها إما لحج يؤدى أو دار تبقى لها فلها المقام حتى تؤدي حجتها وتبني دارها، وتستكمل ثم لها بعد الفراغ ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون فراغها بعد انقضاء العدة فلها أن تضع بنفسها ما شاءت من مقام أو عود.

والحال الثانية: أن تكون باقية في عدتها بعد الفراغ من حاجتها، ويمكن إذا عادت إلى بلدها أن تقضي فيه بقية عدتها فعليها بعد الفراغ أن تعود إلى بلدها فتقضي فيه بقية عدتها.

والحال الثالثة: أن تكون باقية في عدتها، وإن عادت لم يبق من العدة ما تقضيه في بلدها، ففي وجوب العود وجهان:

أحدهما: يجب عليها العود ليكون قضاء عدتها. فيما قرب من البلد إذا تعذر أن يكون في البلد.

والوجه الثاني: لا يلزمها العود؛ لأنها لا تدرك قضاء العدة في المصر، وتكون فيه بالخيار بين المقام والعود.

والقسم الثالث: أن يأذن لها أن تسافر إليه لما لا يفتقر إلى مقام فيه من رسالة تؤدى أو خبر يعرف فليس لها بعد دخوله أن تقيم فيه إلا مقام المسافر ثلاثة إيام؛ لأن رسول الله ﷺ أذن للمهاجر أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثة أيام، وعليها أن تخرج في اليوم الرابع إن كان المسير ممكناً، والطريق مأموناً لتعود إلى بلدها فتقضي فيه بقية عدتها، فإن أخرها بعد الثلاث عذر من مرض أو خوف فلا حرج عليها في المقام ما كان عذرها باقياً، فإذا زال فإن كانت العدة قد انقضت صنعت بنفسها ما شاءت وإن كانت باقية وأمكن أن تقضي بقيتها ببلدها لزمها العود إليه وإن لم تدرك بقيتها في بلدها ففي وجوب العود وجهان على ما مضى.

والقسم الرابع: أن يأذن لها أن تقيم فيه مدة قدّرها كأنه قال لها: أقيمي شهراً فهل لها إذا ادخلته بعد موته أو طلاقه أن تقيم فيه تلك المدة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو اختيار المُزني أن تقيم تلك المدة لتقدم الإذن بها، وعليها بعد انقضائها أن تعود إلى بلدها إن أدركت فيه بقية عدتها، وإن لم تدركها فعلى ما مضى من الوجهين.

والقول الثاني: قد بطل الإذن بالمدة المقدرة لاستحقاق العدة في الوطن وليس لها أن تقيم إلا مقام المسافر ثلاثة أيام إلا أن يقطعها عذر فتقيم ما بقي عذرها.

والقسم الخامس: أن يأذن لها في السفر عنه إذناً مطلقاً لا يتضمن مقاماً ولا عوداً فتراعي شواهد الأحوال فيه فإن دلت على المقام أقامت، وإن دلت على العود عادت وإن لم يكن في شواهد الأحوال دليل اقتضى مطلق الإذن أن يكون سفر مقام؛ لأن العود سفر آخر يحتاج إلى إذن فيه فيلزمها قضاء العدة في البلد الذي سافرت إليه ثم لها الخيار بعد المدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي زِيَارَةٍ أَوْ نُزْهَةٍ فَعَلَيْهَا أَنْ تَرْجِعَ لأَنَّ الزِّيَارَةَ لَيْسَتْ مُقَاماً».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: وهو تأويل أبي إسحاق المروزي أنها صورة في الإذن لها بالزيارة والنزهة في بلدها، ولم يرد الزيارة والنزهة في غير بلدها إذا مات أو طلقها بعد خروجها للزيارة والنزهة أن تعود إلى منزله فتعتد فيه ولا تقم على زيارتها ونزهتها بخلاف إذنه لها في الانتقال من دار إلى أخرى، ولو مات أو طلق قبل خروجها للزيارة

والنزهة لم يكن لها الخروج وأقامت في منزله للعدة ولو كان ذلك في غير البلد لكان حكمه كحكم غيره من السفر.

والوجه الثاني: وهو تأويل من جعل استقرار سفرها بمسافة يوم وليلة أنها مصورة في زيارة أو نزهة على أقل من يوم وليلة، فعليها إذا مات أو طلق بعد خروجها وقبل وصولها أن تعود، ولو كان بعد يوم وليلة لم يلزمها العود.

والوجه الثالث: وهو تأويل أبي حامد الإسفراييني وإليه أذهب أنها مصورة في الزيارة والنزهة في بلد آخر فإذا مات أو طلق بعد وصولها أو في طريقها فعليها بعد الوصول أن تعود لوقتها لحصول الزيارة والنزهة عند الوصول فلا تقيم إلا مقام المسافر ولا يجعل للزيارة والنزهة حداً زائداً على مقام المسافر،فيكون هذا هوالمقصود بالمسألة.

والوجه الرابع: وهو تأويل أبي علي بن أبي هريرة أنها مصورة في الزيارة والنزهة في بلد آخر، فإذا مات أو طلق بعد استقرار سفرها وقبل وصولها لزمها العود ولو كان السفر غير زيارة أو نزهة لم يلزمها العود ولعل فرقة بينهما ظهور الحاجة في الأسفار وعدمها في الزيارة والنزهة، وهذا تفريق لا أجد له في التحقيق وجهاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ تَخْرُجَ إِلَى الحَجِّ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ وَلاَ إِلَى مَسِيرَةِ يَوْمٍ إِلاَّ مَعَ ذِي مَحْرَمٍ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ حُجَّةَ الإِسْلاَمِ وَتَكُونَ مَعَ نِسَاءٍ ثِقَاتٍ».

قال الماوردي: اعلم أن اجتماع العدة والإحرام ينقسم أربعة أقسام:

أحدها: أن يتقدم وجوب العدة بموت أو طلاق ثم تحرم بالحج قبل انقضاء العدة فعليها أن تقيم لاستكمال العدة، ولا يجوز أن تحج في تضاعيفها وإن خافت الفوات لتقدم وجوب العدة على الإحرام، فإن انقضت عدتها ووقت الحج ممكن خرجت لإدائه وإن فاتها الحج جرى عليها حكم فواته، وهذا متفق عليه.

والقسم الثاني: أن يتقدم إحرامها بالحج عن إذنه ثم تجب العدة عليها بطلاقه أو موته قبل أدائه ففرض الحج مقدم على العدة، فإن كان الوقت مضيقاً خرجت للحج وإن كان متسعاً كانت مخيرة بين تقديم العدة على الخروج إلى الحج، وبين تقديم الخروج للحج على المقام للعدة.

وقال أبو حنيفة: مقدمة على الخروج للحج فيلزمها المقام للعدة، وإن فاتها الحج؛ لأن فوات الحج يقضى وفوات العدة لا يقضى؛ ولأن العدة من الحقوق المشتركة فكانت أوكد من الحقوق المفردة.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الحَجَّ وَالعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وحقيقة الإتمام

اكمال ما دخل فيه، ولأنهما عبادتان متقابلتان فوجب أن يترجح حكم أسبقهما ألا ترى أنه لو تقدمت العدة على الإحرام غلب حكم العدة، كذلك إذا تقدم الإحرام على العدة، وجب أن يغلب حكم الإحرام، ولأن الإحرام أغلظ أحكاماً من العدة فلم يجز أن يضعف عنها عند المزاحمة.

واستدلاله بأن فوات الحج يقضى فهو دليل على قوته وتغليظ حكمه فلم يجز أن يجعل عند المزاحمة على ضعفه واستدلاله بأن العدة حق مشترك فهو دليل على الضعف دون القوة؛ لأن حقوق الله تعالى المحضة أوكد.

والقسم الثالث: أن يتقدم الإحرام بالحج على العدة ثم تطرأ العدة بموت أو طلاق بعد إتمام الحج فيكون حكمها في العدة من سافرت عن إذنه ثم وجبت العدة عليها بعد السفر بموته أو طلاقه، وذلك بأن تعود إلى بلدها فتقضي فيه عدتها على ما قدمناه.

والقسم الرابع: أن تتقدم العدة على الإحرام ثم تستأنف الإحرام بعد كمال العدة فهي مسألة الكتاب وليست من العدَد، وإنما ذكرها تبعاً، وإذا كان كذلك ما اعترض عليها في حق الزوج بعد كمال العدة والكلام في حجها، هل يفتقر إلى ذي محرم أم لا؟.

فقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تحرم للحج إلا مع ذي محرم سواء كان فرضاً أوتطوعاً تمسكاً بقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم».

وقال الشافعي: إن كان الحج فرضاً لم يكن المحرم فيه شرطاً إذا كان الطريق آمناً، وإذا كان تطوعاً لم تخرج إلا مع ذي محرم لافتراقهما في الغرض، وإن وجوب الحج معتبر بالزاد والراحلة، ولو كان المحرم شرطاً لكان من شروط الاستطاعة المعتبرة في الوجوب، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تأم البيت لا جوار معها لا تخاف إلا الله فلولا جوازه لما أقر عليه، ولأن وجوب السفر يسقط اشتراط المحرم فيه كالهجرة من دار الشرك، وقد مضت هذه المسألة في كتاب الحج مستوفاة وتأولنا الخبر على التطوع دون الفرض، كما روي عن النبي ﷺ أنه قال: لا تصومن امرأة وزوجها حاضر إلا بإذنه فحمل على صوم التطوع دون الفرض.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ صَارَتْ إِلَى بَلَدٍ أَوْ مَنْزِلٍ بِإِذْنِهِ وَلَمْ يَقُلْ لَهَا أَقِيمِي ثُمَّ طَلَّقَهَا فَقَالَ لَمْ أَنْقُلْكِ وَقَالَتْ نَقَلْتَنِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا إِلاَّ أَنْ تُقِرَّ هِيَ أَنَّهُ كَانَ لِلزِّيَارَةِ أَوْ مُدَّةٍ

تُقِيمُهَا فَيَكُونَ عَلَيْهَا أَنْ تَرْجِعَ وَتَعْتَدَّ فِي بَيْتِهِ وَفِي مُقَامِهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنْ تُقِيمَ إِلَى المُدَّةِ كَمَا جَعَلَ لَهَا أَنْ تُقِيمَ فِي سَفَرِهَا إِلَى غَايَةٍ».

قال الماوردي: هذه مسألة تشتمل على فصول قد اختلط فيها كلام أصحابنا، ونسبوا المزني إلى السهو في نقله والخطأ في جوابه لشبهة دخلت عليهم في تفريق أصولها، وسنوضحها بما تزول به الشبهة ويصح فيها نقل المزني وجوابه، وذلك مبني على تقدير الجواب في خمسة فصول قد ذكرناها مع الاتفاق عليها، ونحن نعيدها لنبني حكم اختلافهم عليها:

أحدها: أنه إذا أذن لها في سفر النقلة فانتقلت ثم وجبت عليها العدة بموت أو طلاق قضت العدة في بلد النقلة، ولم يلزمها العود.

والثاني: أنه إن أذن لها في سفر العودة ثم وجبت العدة بعد وصولها لزمها العود ولم يجز أن تقيم.

والثالث: أنه إذا أذن لها في السفر إليه إذناً مطلقاً لم يصرح فيه بنقلة ولا عود حمل على سفر النقلة دون العود؛ لأن العود سفر آخر يحتاج فيه إلى أذن آخر.

والرابع: أنه إذا أذن لها في السفر إليه لنزهة أو زيارة كان سفر عود، ولم يكن سفر مقام.

والخامس: أنه إذا أذن لها في السفر إليه لتقيم شهراً ثم تعود، فهل لها بعد وجوب العدة أن تقيم تلك المدة أم لا؟ على قولين مضيا، فهذه خمسة فصول لا اختلاف بين أصحابنا في جوابها مع اتفاق الزوجين عليها، فإن اختلفا فيها اشتمل اختلافهما على ستة أقسام:

أحدها: أن تدعي الزوجة سفر النقلة، ويدعي الزوج سفر العود فالقول قولها مع الزوج في حياته، ومع الورثة بعد موته؛ لأن سفر النقلة واحد وسفر العود اثنان فكان القول في الثاني قول منكر.

والقسم الثاني: أن تدعي الزوجة سفر العود ويدعي عليها سفرالنقلة، فالقول قول من خالفها من الزوج في حياته، والورثة بعد موته؛ لأنها تدعي فيه سفراً ثانياً فكان القول فيه قول منكره.

والقسم الرابع: أن تدعي في السفر المطلق أن المراد به النقلة، ويدعي عليها أن المراد به النقلة فقولها غير مقبول، والقول قول الزوج في حياته وورثته بعد موته؛ لأن الظاهر معهم دونها، فهذه الأقسام الأربعة تستوي حكم الاختلاف فيها مع الزوج والورثة.

والقسم الخامس: أن تدعي الزوجة سفراً لمدة، ويدعي عليها أنه سفر للنزهة فإن

قيل: إنها ممنوعة من مقام تلك المدة لم يكن لهذا الاختلاف تأثير لوجوب العود فيهما للوقت، وإن قيل: بمقامها تلك المدة، فإن كان اختلافها مع الورثة فالقول قولها وإن كان مع الزوج فالقول قوله.

والفرق بينهما مع تساوي الظاهر في اختلافهما مباينة لما تقدم من الأقسام الأربعة، لأن الإذن اجتمع عليه الزوجان فإذا كان الاختلاف بينهما رجع إلى الزوج الإذن في صفة إذنه ما يرجع إليه في أصل إذنه، وإذا كان مع الورثة رجع فيه إلى من سومه بالإذن، وهي الزوجة دون الورثة.

والقسم السادس: أن تدعي الزوجة سفر النزهة ويدعي عليها أنه سفر المدة.

فإن قيل لا تقيم تلك المدة فلا تأثير لاختلافهما لوجوب العود فيهما.

وإن قيل بمقامها تلك المدة فالقول قول الزوجة إن كان حياً والقول قولها مع الورثة إن كان ميتاً لما ذكرنا من الفرق بينهما فهذان قسمان يختلف فيهما حكم الزوج والورثة وإن اتفق حكمهما في تلك الأقسام الأربعة، وقد أوضحت من التعليل الموجب للفرق والتسوية ما يمنع من مخالفته ليسلم المزني من خطأ في النقل لحمل مراده على ما وافقه من تلك الأقسام الأربعة في التسوية بين الزوج وورثته ويسلم أصحابنا من الوهم في الشبهة الداخلة عليهم في تخطئته لحمل جوابه على ما وافقه من القسمين المتأخرين في الفرق بين الزوج وورثته، وقد يتفرع على الأقسام الستة أقسام لا تخرج عن أحكام الأقسام الستة إذا حقق تعليلها فاستغنى بالمذكور عن المغفل والله ولي التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَتَنْتَوِي البَدَوِيَّةُ حَيْثُ يَنْتَوِي أَهْلُهَا لأَنَّ سَكَنَ البَادِيَةِ إِنَّمَا هُوَ سَكْنَى مَقَامِ غِبْطةٍ وَظَعَنِ غبْطَةٍ».

قال الماوردي: وهو كما قال: لأن البادية تخالف الحاضرة في السكنى من وجهين:

أحدهما: صفة المساكن؛ لأن بيوت البادية خيام نقلة، وبيوت الحاضرة أبنية مقام.

والثاني: أن البادية ينتقلون للنجعة طلب الكلأ، والحاضرة يقيمون في أمصارهم مستوطنين فإذا طلقت البدوية اعتدت في البيت الذي هو مسكنها من خيام النقلة وأقامت فيه ما أقام قومها، فإن انتقلوا فلهم سبعة أحوال:

أحدها: أن ينتقل جميع الحي فتنتقل بانتقالهم منتجعة بنجيعهم؛ لأن في مقامها بعدهم خوفاً عليها؛ ولأن حال البادية هي الأوطان لا المكان.

والحال الثانية: أن تنتقل رجالهم وتقيم نساؤهم لحرب يقصدونها فيلزمها أن تقيم مع نسائهم إذا آمن على أنفسهن؛ ولأن انتقال الرجال، في هذه الحال كسفر الحاضرة.

والحال الثالثة: أن تنتقل نساؤهم ويقيم رجالهم لخوف من عدوٍ يقصدهم فتنتقل هذه مع النساء، ولا تقيم مع الرجال.

والحال الرابعة: أن ينتقل بعض الحي، وفيه أهلها وأهل الزوج ويقيم باقي الحي وليس فيه أهلها ولا أهل الزوج فهذه تنتقل بانتقال أهلها ولا يقيم بإقامة غيرهم.

والحال الخامسة: أن يقيم أهلها وأهل الزوج، وينتقل من عداهم فهذه تقيم مع المقيمين من أهلها ولا تنتقل مع المنتقلين من غيرهم.

والحال السادسة: أن ينتقل أهلها ويقيم أهل الزوج فعليها أن تقيم مع أهل الزوج ولا تنتقل مع أهلها؛ لأنها أخص بمسكن الزوج في العدة من مسكن أهلها.

والحال السابعة: أن ينتقل أهل الزوج ويقيم أهلها فتكون بالخيار بين الانتقال مع أهل الزوج لاختلاط بيتها ببيوتهم، أو تقيم مع أهلها بمكانهم لاختصاصهم بمكان الطلاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَإِذَا دَلَّتْ السُّنَّةُ عَلَى أَنَّ المَرْأَةُ تَخْرُجُ مِنَ البَذَاءِ عَلَى أَهْلِ زَوْجِهَا كَانَ العُذْرُ فِي ذَلِكَ المَعْنَى أَوْ أَكْثَرَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: لأن أحكام الإعذار مخالفة لأحكام الإخبار.

والإعذار ضربان:

ضرب يجب عليها الانتقال معه، وهو ما أدى إلى الخوف على نفسها إما من تلف مهجة، وإما من إتيان فاحشة فهذه تؤخذ بالنقلة جبراً لتحصين نفسها، وفرجها.

وضرب يجوز لها الانتقال معه وإن لم يجب وهو ما أدى إلى الخوف على مالها من تلصص أو أذية جار في شتم أو سفه فتكون بالخيار بين المقام والنقلة، ولا تجبر على أحدهما مع أمنها على النفس والفرج.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: «وَيُخْرِجُهَا السُّلْطَانُ فِيمَا يَلْزَمُهَا فَإذا فَرِغَتْ رَدَّهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأن وجوب العدة عليها لا يمنع من استغناء الحقوق منها، والحقوق ضربان: حقوق الله تعالى كالحدود، وحقوق الآدميين كالأموال.

فأما حقوق الآدميين فهي موقوفة على مطالبهم، فإن أخروها في العدة كانت على حالها مقيمة إلى انقضائها، وإن طالبوها بحقوقهم لم يمنعوا، فإن خرجت إليهم من حقوقهم في ديون قضتها، أو ودائع ردتها أقرت في مسكنها، وإن اقتضت المحاكمة

عند التناكر روعي حالها، فإن كانت برزة أخرجها السلطان للمحاكمة ثم ردها إلى العدة بعد انبرام الحكم، وإن كانت خفرة أنفذ السلطان إليها من يحكم بينها وبين خصومها في مسكنها كما يفعل ذلك من غير المعتدة من اعتبار البروز والخفر في إخراجها وإقرارها.

وأما حقوق الله تعالى في الحدود فيعجل استيفاؤها ولا يؤخر بالعدة، وإن خرجت بالمرض؛ لأن استيفاءها في المرض مفض إلى تلفها بخلاف العدة، فإذا أراد السلطان استيفاء الحدود منها روعي حالها أيضاً في البروز والخفر، فإن كانت خفرة أقام الحد عليها في منزلها فقد قال رسول الله ﷺ: «يا أنيس أغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وإن كانت برزة أخرجها لإقامة الحد عليها قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مبينة﴾ [الطلاق: ١] والزنا من أكبر الفواحش فإن كان الحد بما في الزنا فكانت من ذوات الشهور والأقراء رجمت، ولم ينتظر بها انقضاء العدة، لأن الأصل براءة الرحم والعدة موضوعة لمنعها من الأزواج ورجمها أمنع، وإن كانت من ذوات الحمل أخرت حتى تضع أو ينفش حملها؛ لأن الحد لا يقام على حامل، وإن كان الحد جلداً في الزنا جلدت، وإن كانت حائلاً وفي تغريبها قبل انقضاء العدة وجهان:

أحدهما: لا تغرب إلا بعد انقضاء العدة تغليباً لحق الزوج في تحصين مائه.

والوجه الثاني: تغرب حولاً إلى أحصن المواضع ويراعى تحصينها في التغريب في بقية العدة، فإن استكملت حول التغريب قبل انقضاء العدة وجب ردها إلى منزلها لتقضي فيه بقية العدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَكْتَرِي عَلَيْهِ إِذَا غَابَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن في السكنى حقاً لها في المسكن وحقاً عليها في المقام فيه، فإن ملك الزوج مسكناً لزمه إقرارها فيه إذا كان فيه طلاقها، وإن لم يملك مسكناً اكتراه بماله إن حضر، واكتراه السلطان عليه إن غاب إذا وجد له مالاً؛ لأن للسلطان أن يستوفي الحقوق ممن غاب عنها فإن لم يجد له مالاً اقترض عليه وهو فيه بين ثلاثة أحوال:

إما أن يقترض عليه من أجنبي فيكون ديناً على الزوج يأخذه بأدائه إذا قدم، وبين أن يأذن لها في اكتراء مسكن ترجع عليه بأجرته إذا قدم، وبين أن يقرضه من بيت المال أجرة مسكن يطالبه به إذا حضر، فإن كان السلطان هو المقترض عليه، إما من أجنبي أو من بيت المال اكترى لها مسكناً ترضاه لنفسها، ولا يجوز في الحالين أن تتجاوز به مسكن مثلها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلاَ نَعْلَمُ أَحَداً بِالمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى أَكْرَى مَنْزِلاً إِنَّمَا كَانُوا يَتَطَوَّعُونَ بِإِنْزَالِ مَنَازِلِهِمْ وَبِأَمْوَالِهِمْ مَعْ مَنَازِلِهِمْ».

قال الماوردي: والذي أراد الشافعي بذلك أن الحاكم يكتري على الغائب مسكناً إذا لم يجد متطوعاً بمسكن؛ لأن النبي ﷺ وإن لم يكتر لفاطمة بنت قيس مسكناً على زوجها ولا فعل ذلك أحد من خلفائه بعده، فلأن أهل المدينة كانوا يتطوعون بإعارة منازلهم ولا يكرونها، ولو كان كذلك في زماننا موجوداً في عرف بعض البلاد استعاره الحاكم لها ولم يكتره على زوجها، وإنما اكتراه لأنه لم يجد معيراً وسواء وجد المعير في بلد عرفه العارية أو الكراء، وأما الزوج إذا طلقها وهي في مسكن معار فأراد نقلها منه إلى مسكن يكتريه، فإن كان في بلد عرف أهله العارية لم يكن له نقلها منه ما لم يرجع أهله في إعارته، وإن كان في بلد عرف أهله الكراء ففي جواز نقلها منه وجهان:

أحدهما: ليس له نقلها ما لم يرجع أهله في إعارته كالبلد المعهود إعارته.

والوجه الثاني: له نقلها منه كي لا يلحقه من المنة فيه ما لا يلحقه في البلد المعهود إعارته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تَكَارَتْ فَإِنْ الكِرَاءَ كَانَ لَهَا مِنْ يَوْمِ تَطْلُبُهُ وَمَا مَضَى حَقٌّ تَرَكَتْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا طالبت المعتدة بالسكنى بعد مضي المدة حكم لها بسكنى ما بقي من العدة، وسقط حقها فيما مضى قبل المطالبة هذا منصوص الشافعي، ولو كانت هذه المبتوتة ذات حمل وطالبت نفقتها بعد مضي بعض المدة حكم لها بنفقة ما مضى وما بقي، وهذا نص الشافعي في نفقة الحامل فخالف فيما مضى بين السكنى والنفقة، واختلف أصحابنا فكان بعضهم يجمع بين الحولين، ويخرج اختلاف نصه فيهما على اختلاف قولين:

أحدهما: يحكم لها بالسكنى والنفقة على ما نص عليه في النفقة.

والقول الثاني: لا يحكم لها بالسكنى ولا بالنفقة على ما نص عليه الشافعي في السكنى وذهب أكثر أصحابنا إلى حمل الجواب منهما على ظاهره فيحكم لها فيما مضى بالنفقة ولا يحكم لها بالسكنى.

والفرق بينهما: أن السُّكنى تشتمل على حق لها، وعلى حق عليها لأن لها المسكن وعليها المقام، فإذا تركت الحق الذي عليها في تحصين ماء الزوج حيث

يشاء، وأقامت حيث شاءت سقط الحق الذي لها كما أسقطت الحق الذي عليها؛ لأن الحقين إذا تقابلا كان سقوط أحدهما موجباً لسقوط الآخر، وليس كذلك نفقة الحامل؛ لأنه حق لها تفردت به إما بحملها، وإما لها لأجل الحمل، وليس مقابلة حق عليها فلم يسقط بمضي زمانه لوجود معنى استحقاقها كالديون.

فصل: فإذا ثبت أن لا سكنى لها بما مضى قبل المطالبة، ولها السكنى فيما بقي بعدها، وكان زوجها غائباً أتت الحاكم حتى يحكم لها بالسكنى ليكون ديناً لها على الزوج، فإن عدلت عن الحاكم وهي قادرة عليه لم ترجع وإن لم تقدر على الحاكم، ولم يشهد على نفيها بالرجوع لم يرجع وإن أشهدت على نفسها أنها تتكارى مسكناً على زوجها ففي رجوعها عليه وجهان:

أحدهما: ترجع عليه للضرورة.

والثاني: لا ترجع؛ لأن ما كان الحاكم شرطا فيه لم يثبت مع عدمه كالعنَّة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَأَمَّا امْرَأَةُ صَاحِبِ السَّفِينَةِ إِذَا كَانَتْ مُسَافِرَةً مَعَهُ فَكَالمرْأَةِ المُسَافِرَةِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ وَإِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ إِلَى مَنْزِلِهِ فَاعْتَدَّتْ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا كان الزوج صاحب سفينة فسافر بزوجته ثم طلقها فلا يخلو حال صاحب السفينة من أمرين:

أحدهما: أن يكون له مسكن غير السفينة في بلد مستوطنة إذا عاد من سفره فتكون المطلقة في عدتها بالخيار بين أن تعتد معه في السفينة إذا اتسعت وبين أن ترجع إلى بلده فتعتد في منزله، كما قلنا في المسافرة في البرِّ إذا طلقت بعد خروجها من بلدها.

والثاني: لا يكون لها مسكن غير سفينته فهي بالخيار بين أن تعتد معه في السفينة، وبين أن تصعد إلى البرِّ فتعتد في بعض البلاد ثم فيه إن صعدت وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي إن لها إذا صعدت أن تعتد في أي بلد شاءت.

والوجه الثاني: وهو أصح أنها تعتد في أقرب البلاد من الموضع الذي طلقها فيه.

فأما مقامها معه في السفينة فمعتبر بحالِ السَّفينة، فإن كانت كبيرة كالمراكب البحرية إذا انفردت في موضع منها، وحجزت بينه وبينها ولم تقع عينه عليها جاز أن

تعتد معه فيها، وإن كانت صغيرة لا حاجز بينه وبينها، فإن كان معهما ذو محرم جاز أن تعتد فيها إذا سترت عنه نفسها وإن لم يكن معها ذو محرم لم يجز كالدار الصغيرة وكان عليها أن تصعد إلى الأرض، فإن لم تقدر على الصعود فهي حال ضرورة فتعتد فيها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من سكنى المعتدة في المسكن الذي يجب أن تعتد فيه فأرادت الخروج منه فهو على ضربين:

أحدهما: خروج نقلة فلا يجوز إلا من ضرورة يخاف بها على نفس أو مال فيجوز معها الانتقال عنه إلى غيره من أقرب المواضع إليه.

والضرب الثاني: أن تكون لحاجة تعود عليه بعد قضائها فلا يخلو حال المعتدة من أن تكون في عدة الوفاة أو في عدة الطلاق.

فإن كانت في عدة وفاة جاز أن يخرج بها في حوائجها وتعود ليلاً إلى مسكنها وروى مجاهد، قال: استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم، وكن متجاورات في دار فجئن إلى النبي ﷺ فقلن: يا رسول الله إنا نستوحش الليل فنبيت عند إحدانا، فإذا أصبحنا تبددنا إلى بيوتنا، فقال رسول الله ﷺ: «تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن، فإذا أردتن النوم فلتأت كُل امرأة منكن إلى بيتها» وإنما لم يفسح لهن في مفارقة منازلهن ليلا وفسح لهن في مفارقتها نهاراً، لأن الليل زمان الخلوات والاستخفاء بالفواحش فمنعهن تحصيناً لَهن وحفظاً لمياه أزواجهن في زمان الحَذَر من الليل، ورخص لهن في زمان الأمن من النهار، وإن كانت في عدة من طلاق بات لم يجز أن تخرج من منزلها ليلاً لما ذكرنا، وفي جواز خروجها نهاراً للحاجة قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال أبو حنيفة لا يجوز أن تخرج نهاراً لقول الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، ويشبه إن يكون قول مالك يجوز لها الخروج نهاراً، وإن لم يستحب كالمتوفي عنها زوجها؛ لما روى أبو الزبير عن جابر: طُلِّقَتْ خَالَتِي، فأرادت أن تجُدَّ نخلها فزجرها رجل عن الخُروج فأتت النَّبي ﷺ فَذَكَرْتُ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ: بَلى فَجُدِّي نَخْلَك فَلَعَلَّكِ أن تتصدَّقي أو تفعلي خَيراً معروفاً قال الشافعي: نخل الأنصار قريب من منازلهم والجداد يكون نهاراً فإذن فيه والله أعلم.

بَـابُ الإِحْدَادِ
مِنْ كِتَابِي العِدَدَ القَديمِ وَالجَدِيدِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَمَّا قَالَ ﷺ: «لاَيَحُلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَاليَّومِ الآخِرِ أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ إِلاَّ عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشراً» وَكَانَتْ هِيَ وَالمُطَلَّقَةُ الَّتِي لاَيَمْلِكُ زَوْجُهَا رَجْعَتَهَا مَعاً فِي عِدَّةٍ وَكَانَتَا غَيْرَ ذَوَاتِيْ زَوْجَيْنِ أَشْبَهَ أَنْ يَكُونَ عَلَى المُطَلَّقَةِ إِحْدَادٌ كَهُوَ عَلَى المُتَوَفَّى عَنْهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ فَأُحِبُّ ذَلِكَ لَهَا وَلاَ يَبِينُ أَنْ أُوجِبَهُ عَلَيهَا لأَنَّهُمَا قَدْ تَخْتَلِفَانِ فِي حَالٍ وَإِنِ اجْتَمَعَتَا فِي غَيرِهِ وَلَوْ لَمْ يَلْزم القِيَاسُ إِلاَّ بَاجْتِمَاعِ كُلِّ الوُجُوهِ بَطُلَ القِيَاسُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ جَعَلَهُمَا فِي الكِتَابِ القَدِيمِ فِي ذَلِكَ سَوَاءً وَقَالَ فِيه».

قال الماوردي: أما الإحداد فهو الامتناع والزينة من لباس وغير لباس إذا كان يبعث على شهوة الرجال لها، وسمي إحداداً لما فيه من الامتناع كما سمى الحديد حديداً؛ لأنه يمتنع به وسمى حد الزنى؛ لأنه يمنع من معاودته فلا يجب الإحداد على غير معتدة.

فأما المعتدات فثلاث، معتدة يجب الإحداد عليها، ومعتدة لا يجب الإحداد عليها ومعتدة مختلف في وجوب الإحداد عليها.

فأما المعتدة التي يجب الإحداد عليها فالمتوفى عنها زوجها ويجب الإحداد عليها، قال جميع الفقهاء إلا ما حكي عن الحسن البصري والشعبي أن الإحداد غير واجب عليها لما روي أن أسماء بنت عميس لما أتاها نعش زوجها جعفر بن أبي طالب قال لها النبي ﷺ «تسلبي ثلاثاً» فدل على اقتصاره بناء على ثلاثة أيام أن ما عداها غير واجب.

والدليل على وجوبه في العدة بأسرها ما رواه حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة، وهي بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حبيبة حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق فمست بعارضيها ثم قالت: والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني

سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يحل لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً.

قالت زينب، ودخلت على زينب بنت جحش ـ رضي الله عنها ـ حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست منه، وقالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ وهو يقول على المنبر: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً».

قالت زينب: فسمعت أمي أم سلمة تقول جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله أن بنتي توفي زوجها، وقد اشتكت عينها فنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول لا، ثم قال: «إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن في الجاهلية تَرمِي بالبعرة على رأس الحول» قال حميد، قلت: لزينب ما ترمي بالبعرة فقالت زينب كانت المرأة في الجاهلية إذا توفي عنها زوجها دخلت حِفْشاً، ولبست شر ثيابها، ولم تمسَّ طيباً ولا شيئاً حتى يمر بها سنة ثم تأتى بدابة أو حمار أو شاة أو طائر فقلما تقبض بشيء إلا مات يعني لطول أظفارها، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره، وهذا الحديث ذكره الشافعي، وأبو داود في المتوفى عنها، وهو يشتمل على ثلاثة أحاديث تدل كلها على وجوب الإحداد في عدة الوفاة، وقد فسر الشافعي ما في هذا الحديث من الغريب فقال: «الحفش هو البيت الصغير الذليل من الشعر والبناء وغيره».

وقال الأزهري: «هو البيت الصغير السَّمْكِ، ومنه الحديث هلا جلس في حِفشِ أمه» وسمي حفشاً لصغره. وأنه يجمعها، ومنه قيل للمرأة حفشت زوجها إذا حللته بنفسها.

وقيل للزوج الحفش وقولها: فتقبض في رواية الشافعي وهو القبض بالكف، وروى غيره فتقتض القض من الذي هو الكسر لأن القبض الذي هو الأخذ بالكف يؤول إلى القض الذي هو الكسر فعبر عنه بما يؤول إليه، وأما البعرة ففي إلقائها تأويلان:

أحدهما: وهو تأويل الشافعي أنها تريد بإلقائها أنها قد ألقت حقوقه عنها بأدائها كإلقاء البعرة.

والثاني: تعني بإلقائها أن ما مضى عليها من بؤس الحول هين في وجوب حقه كهوان البعرة، وأما قوله لأسماء: «تسلبي ثلاثاً» فهو محمول إن صح على أنه كرر القول عليها تسلبي ثلاث مرات تأكيداً لأمره فقد كان ـ ﷺ ـ يفعل ذلك كثيراً وفي معنى تسلبي تأويلان:

أحدهما: نزع الحلي والزينة حكاه ابن أبي هريرة.

والثاني: لبس الثياب السود، وهي تسمى السِّلاب، ومنه قول الشاعر:

يَخْمِشْـــنَ حُـــرَّ أَوْجُـــهٍ صِحَـــاحِ فِـي السُّلُـبِ السُّـودِ وَفِـي الأَمْسَـاحِ[1]

فصل: وأما التي لا إحداد عليها فهي الرجعية لا يجب الإحداد عليها، لأنَّها زوجة تجري عليها أحكام الزوجات، وفي استحباب الإحداد لها وجهان:

أحدهما: يستحب لها ليظهر بالإحداد أسفاً عليه فيحنو عليها، ويرغب في مراجعتها.

والوجه الثاني: لا يستحب لها، وتندب إلى التصنع له بالزينة ليميل إليها فيرغب في مراجعتها.

فصل: وأما المختلف في وجوب الإحداد عليها فهي المبتوتة، والمختلعة، والملاعنة فالإحداد مستحب لهن وفي وجوبه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم، وهو مذهب أبي حنيفة والمزني أن الإحداد في عدة البنات واجب كوجوبه في عدة الوفاة لأنهما عدتان عن نكاح لا سبيل عليهما فيها لزوج؛ ولأن عدة المبتوتة أغلظ من عدة الوفاة؛ لأنها تمنع من الخروج نهاراً ولا تمنع من عدة الوفاة فكانت بالإحداد أولى.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو مذهب مالك أنه لاإحداد عليها كالرجعية لأنها في عدة من طلاق؛ ولأن النكاح موضوع، ولذلك يقال استنكحه المرض إذا داومه فإذا مات عنها فقد استوفى مدة نكاحه فوجب الإحداد في عدته لرعاية حرمته، وخالف المبتوتة؛ لأنه قد أبى عصمتها فلم يجب الإحداد في عدته لقطع حرمته.

فصل: فأما المزني فاعترض على الشافعي في فرقة الإحداد بين عدة الموت وعدة الطلاق؛ لأنهما قد يختلفان في حال وإن اجتمعا في غيره فأنكر المزني هذا التعليل في فرقته بينهما بأنهما قد يختلفان في حال إذا اجتمعا في أخرى فقال: كل ما قيس على أصل فهو مشتبه له من وجه وأن خالفه من غيره فجعل المزني اجتماعهما في حال يوجب اشتراكهما وإن اختلفا في أخرى ثم قال: لو لم يكن من القياس إلا باجتماع كل الوجوه لبطل القياس.

والجواب عن هذا أن يقال للمزني: أما آخر كلامك في أنه ليس في القياس

(١) البيت للبيد اللسان ص ٢٠٥٨ [سلب].

اجتماع كل الوجوه فصحيح؛ لأن اشتراك الشيئين المتبوعين من جميع الوجوه ممتنع ولو اشتركا لم يتنوعا، وأما أول كلامك في اعتراضك فليس إذا اجتمع الشيئان من وجه واختلفا من وجه وجب أن يسوى بينهما في الحكم لأجل الاجتماع، ولا يفرق بينهما فيه لأجل الاختلاف على إرسال هذا القول وإطلاقه؛ لأنه لو غلب حكم الاجتماع لما اختلف حكمان؛ لأنه ما من شيء في العالم إلا وقد يشتركان في الحدوث، ولو غلب حكم الاختلاف لما اجتمع حكمان؛ لأنه ما من نوع إلا وقد يُخَالِف غيره، وإنَّما يجمع

بين الشيئين إذا اجتمعا في علة الحكم وإن اختلفا في غيره ويفرق بين الشيئين إذا اختلفا في عِلَّةِ الحكم وإن اجتمعا في غيره، وهذا هو مراد الشافعي فَلَمْ يَكُن لاعتراض المُزني عليه وجه، فإن كانت العِلَّةِ في وجوب الإحداد في العِدَّة وقوع الفرقة البائنة عن نكاح صحيح وجب أن يلزم في العدتين على ما اختاره المزني، وإن كانت العلة وقوع الفرقة بعد استيفاء المدة من غير اختيار لزم في عدة الموت، ولم يلزم في عدة الطَّلاق على ما رجحه الشافعي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ تَجْتَنِبُ المُعْتَدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ وَأُمُّ الوَلَدِ مَا تَجْتَنِبُ المُعْتَدَّةُ وَيَسْكُنَّ حَيْثُ شِئْنَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والكلام فيها يشتمل على فصلين:

أحدهما: أن المعتدة من نكاح فاسد ووطء شبهة لا إحداد عليهما، وكذلك أم الولد بعد موت سيدها، والأمة المستبرأة في ملك؛ لأن الإحداد فيها تأكدت حرمته من عقود المناكح الصحيحة رعاية لحق الزوج وحفظاً لحرمته، وهذا المعنى مقصود فيمن ذَكَرْنَا من غير الزوجات حكمهن في الإحداد.

والفصل الثاني: في السُّكنى فلا سكنى للموطوءة بشبهة ولا للمنكوحة نكاحاً فاسداً لأنه لما لم يجب السكنى قبل العدة فأولى أن لا يجب في العدة وكذلك أم الولد لأنه لما لم يجب السكنى قبل العدة فأولى أن لا يجب في العدة وكذلك أم الولد لا سكنى لها؛ لأن سكناها وجب بالرق فسقط بالعتق وإذا لم يكن لهن سكنى سكن حيث شئن فإن أحبَّ الواطىء بشبهة أو في نكاح فاسد، تحصين مائه فبذل السكنى أجبرت المعتدة على السُّكنى حَيْثُ شاء الواطىء، وكذلك ورثة السيد في أم الولد إذا بَذَلوا سكناها لتحصينها سكنت حيث شاءوا لئلا تدخل عليهم نسباً ليس منهم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنَّمَا الإِحْدَادُ فِي البَدَنِ وَتَرْكِ زِينَةِ البَدَنِ وَهُوَ أَنْ تُدْخِلَ عَلَى البَدَنِ شَيئاً مِنْ غَيرِهِ أَوْ طِيباً يَظْهَرُ عَلَيهَا فَيَدْعُوَ إِلَى شَهْوَتِهَا »

قال الماوردي: وهذا كما قال؛ لأن الإحداد مختص بالبدن في الامتناع من إدخال الزينة عليه التي تتحرك بها شهوة الجماع، إما شهوتها للرجال، وإما شهوة الرجال لها؛ لأنه لما حرم نكاحها ووطئها حرم دواعيها كالمحرمة وداوعيها ما اختص بالبدن لا ما فارقه من مسكن وفرش؛ لأنه لا حرج عليها في استحسان ما سكنت وافترشت، وإنما الحرج فيما زينت به بدنها وتحركت به الشهوة لها ومنها فوافقت المحرمة في حال وفارقتها في حال، فأما حال الموافقة فمن وجهين:

أحدهما: تحريم الاستباحة بوطء أو عقد.

والثاني: حظر ما حرك الشهوة من طيب وترجيل.

وأما حال المفارقة فمن وجهين:

أحدهما: في معنى الحظر، وأنه في المحرمة ما أزال الشعث، ولذلك منعت من أخذ الشعر وتقليم الأظافر وأبيح لها الحلي والزينة، ومعنى الحظر في المعتدة استعمال الزينة، ولذلك منعت من الحلي وزينة الثياب، وأبيح لها أخذ الشعر وتقليم الأظافر.

والوجه الثاني: أن المحظور على المحرمة يوجب الفدية عليها والمحظور على المعتدة لا يوجب الفدية عليها؛ لأن النبي ﷺ أذن لأم سلمة في إحدادها أن تكتحل بالصبر ليلاً وتمسحه نهاراً، ولم يأمرها بالفدية وأذن لكعب بن عجرة أن يحلق شعره في إحرامه، وأمره بالفدية.

والفرق بينهما في المعنى أن الفدية في الإحرام لما وجبت في فاسده وجبت في محظوراته، ولما لم تجب الفدية في فاسد العدة لم تجب في محظوراتها، وسنصف كل نوع من محظورات الإحداد كما وصفنا كل نوع من محظورات الإحرام.

مسألة: **قَالَ المُزنِي** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَمِنْ ذَلِكَ الدُّهْنُ كُلُّهُ فِي الرَّأْسِ وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ الأَذْهَانِ فِي تَرْجِيلِ الشَّعرِ وإِذْهَابِ الشَّعَثِ سَوَاءٌ وَهَكَذَا المُحْرِمُ يَفْتَدِي بِأَنْ يَدْهِنَ رَأْسَهُ أَوْ لِحْيَتَهُ بِزَيْتٍ لِمَا وَصَفْتُ وَأَمَّا مَدُّ يَدَيْهَا فَلَا بَأْسَ إِلاَّ الطِّيبَ كَمَا لاَ يَكُونُ بِذَلِكَ بَأْسٌ لِلمُحْرِمِ وَإِنْ خَالَفَتِ المُحْرِمَ فِي بَعْضِ أَمْرِهَا».

قال الماوردي: أما الدهن فمما تستوي فيه المعتدة والمحرمة لوجود معناهما فيه؛ لأنه يحدث الزينة فمنعت منه المعتدة ويزيل الشعث فمنعت منه المحرمة، وإذا كان كذلك فهو على ضربين: طيب، وغير طيب فأما الطيب فنوعان: ما كان طيباً لذاته كالبان.

الثاني: ما أدخل عليه الطيب كالورد والبنفسج، وهما في الحكم سواء، ويحرم على المعتدة أن تستعمله في الشعر والبدن؛ لأنه طيب وترجيل.

وأما غير الطيب فكالزيت والشيرج فيحرم عليها استعماله في ترجيل الشعر لما يحدث فيه من حسن منظره. وشدة بصيصه ولا يحرم عليها استعماله في بدنها؛ لأن فيه تنميس البدن واجتذاب الوسخ فلم يكن فيه زينة تمنع به المعتدة ولا إزالة الشعث تمنع به المحرمة، فلو قرع رأسها حتى ذهب شعرها جاز أن تستعمله في رأسها كما تستعمله في بدنها؛ لأنه قد صار بذهاب الشعر كالبدن ولو حلقته لم يجز أن تدهنه؛ لأن شعرها ينبت بصيصاً مرجلاً، ولو نبت في وجهها شعر لحية لم يجز أن تستعمله فيها وإن نفخت باللِّحية لِمَا في الدهن من ترجيلها وبصيص شعرها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ كُحْلٍ كَانَ زِينَةً فَلَا خَيْرَ فِيهِ لَهَا فَأَمَّا الفَارِسِيُّ وَمَا أَشْبَهَهُ إِذَا احْتَاجَتْ إِلَيهِ فَلَا بَأْسَ لأَنَّهُ لَيسَ بِزِينَةٍ بَلْ يَزِيدُ العَينَ مَرْهاً وقُبْحاً وَمَا اضْطَرَّتْ إِلَيهِ مِمَّا فِيهِ زِينَةٌ مِنَ الكُحْلِ اكْتَحَلَتْ بِهِ لَيْلاً وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً».

قال الماوردي: وهو كما قال، وحظر الكحل مختص بالمعتدة دون المحرمة؛ لأنه زينة ولا يزيل الشعث، وهو ضربان:

أحدهما: ما فيه زينة كالإثمد وهو الأسود والصهر وهو الأصفر فهو زينة؛ لأن الأسود يصير عند الاكتحال به كالخطة السوداء في أصول أهداب العينين بين بياضين، بياض العين، وبياض المحاجز فصار تحسيناً لها وزينة، فأما الأصفر فإنه يصفر موضعه ويحسنه كالخضاب فلأجل الزينة منعت منه المعتدة، روت أم سلمة، قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يارسول الله إن بنتي توفي زوجها عنها وقد اشتكت عينيها فنكحلها، فقال: لا مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول لا ولأن التزين بذلك مما يعطف إبصار الرجل فيدعوهم إلى شهوتها.

والضرب الثاني: منه ما لا زينة فيه كالفارسي، وهو الأبيض من البرود والعنزروت والتوتيا فلا باس باستعماله لأنه لا تحسين فيه بل يزيد العين مرها وقبحاً، ولا وجه لما قاله بعض أصحابنا أنه زينة لبيض النساء، وليس بزينة لسمرهن وسودهن كنساء مكة فيمنع منه البيض ولا يمنع منه السمر والسود، بل هو في جميع النساء إلى اختلاف ألوانهن مباح، ولو اختلف حكمه لاختلاف الألوان للنساء لكان الأبيض بالسمر والسود أحرى أن يكون زينة منه بالبيض، ولكان الأسود منه مختلف الحكم في البيض والسود، وهذا فاسد؛ لأن الاعتبار بلونه لا بلون مستعمله، فإن استعملت المعتدة كحل الزينة في غير عينها من يدها جاز؛ لأنه يزيد ما سوى العين من البدن تشويهاً وقبحاً إلا الأصفر منه الذي له لون إذا طلي به الجسد كالصبر حسنة فتمنع منه فيما ظهر من الجسد كالوجه ولا تمنع منه فيما يظن لامتداد الأبصار إلى ما ظهر دون ما بطن فإن

اضطررت المعتدة إلى استعمال كحل الزينة لِمَرَضٍ بِعَيْنِهَا استعملته ليلاً ومسحته نهاراً؛ روت أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ وأناحادةعلى أبي سلمة، وقد جعلت على عيني صَبْراً، فقال: ما هذا يا أم سلمة، فقالت: إنما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب قال: إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ الدِّمَامُ دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ وَهِيَ حَادٌّ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ فَقَالَ «مَا هَذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ؟» فَقَالَتْ إِنَّمَا هُوَ صَبْرٌ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ «اجْعَلِيهِ بِاللَّيْلِ وَامْسَحِيهِ بِالنَّهَارِ» (قال الشافعي) الصَّبْرُ يَصْفَرُّ فَيَكُونُ زِينَةً وَلَيْسَ بطيب فَأَذِنَ لَهَا فِيهِ بِاللَّيْلِ حَيْثُ لاَيُرَى وَتَمْسَحُهُ بِالنَّهَارِ حَيْثُ يُرَى وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَهُ».

قال الماوردي: والدمام هو ما يغشى به الجسد، ويطلى عليه حتى يغير لونه ويحسنه كاسفيذاج العرائس الذي يبيض اللون، وكالحمرة التي يورد بها الخد والوجه، فهو محظور على المعتدة في الإحداد كالصبر الذي نهى رسول الله ﷺ أم سلمة عنه سمي دماماً من قولهم قدر مدمومة إذا طلى عليها الكلكون أو نحوه، فهذا مما يمنع منه المعتدة في الإحداد؛ لأنه زينة، ولا تمنع منه المحرمة، لأنه لا يزيل الشعث، وهكذا الخضاب تمنع منه بالحناء أو الكتم سواء ترك على حمرته أو غير حتى أسود لأنهما معاً زينة وتحصين.

روت أم سلمة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ: نهى المتوفى عنها زوجها أن تكتحل أو تختضب، وكذلك كل لون طلي به الجسد فحسنه منعت منه المعتدة في إحدادها؛ لأن لا يدعو شهوة الرجال إليها؛ لأنه لا يقصد به إلا التصنع لهم بالزينة، فإن استعملته فيما خفى من جسدها ووارته ثيابها لم يحرم عليها؛ لأن رسول الله ﷺ أذن لأم سلمة في الصبر ليلاً ونهاها عنه نهاراً؛ لأنه يخفى بالليل عن الأبصار ويرى في النهار فكذلك ما أخفاه ثيابها ولم تره الأبصار غير أنها إن فعلته لغير حاجة كره فإن كان لحاجة لم يكره.

فصل: فأما الطيب فتمنع المعتدة في إحداها من استعمال جميعه من ذي لون في بخور وطلي؛ لأنه زينة، ولأنه يحرك الشهوة، ويستوي في حظره المعتدة والمحرمة؛ لأنه يزيل شعث المحرمة، ويحدث الزينة في المعتدة فإن أرادت المعتدة أن تتطيب فيما خفي من جسدها لم يجز بخلاف الخضاب، لأن الطيب رائحته تظهر فتحرك الشهوة بخلاف الخضاب وهكذا لو أرادت أن تتطيب ليلاً دون النهار ولم يجز لأنه

يحرك شهوتها وإن لم يحرك شهوة غيرها، والخضاب لا يحرك إلا شهوة غيرها فافترقا.

فأما المبتوتة في العدة فالطيب محظور عليها إن وجب الإحداد عليها وفي حظره إن لم يجب الإحداد عليها وجهان:

أحدهما: لا يحرم كما لا يحرم غيره من محظورات الإحداد.

والوجه الثاني: يحرم عليها لاختصاصه من بين محظورات الإحداد بتحريك شهوتها وشهوة الرجال لها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَفِي الثِّيَابِ زِينَتَانِ إِحْدَاهُمَا جَمَالُ اللاَّبِسِينَ وَتَسْتُرُ العَوْرَةَ قَالَ اللَّهُ تَعَالى ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] فَالثِّيَابُ زِينَةٌ لِمَنْ لَبِسَهَا فَإِذَا أَفْرَدَتْ العَرَبُ التَّزَيُّنَ عَلَى بَعْضِ اللاَّبِسِينَ دُونَ بَعْضٍ فَإِنَّمَا مِنَ الصَّبْغِ خَاصَّةً وَلاَ بَأْسَ أَنْ تَلْبَسَ الحَادُّ كُلَّ ثَوْبٍ مِنَ البَيَاضِ لأَنَّ الْبَيَاضَ لَيْسَ بِمُزَيِّنٍ وَكَذَلِكَ الصُّوفُ وَالْوَبَرُ وَكُلُّ مَا نُسِجَ عَلَى وَجْهِهِ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ صَبغٌ مِنْ خَزٍّ أَوْ غَيْرِهِ وَكَذَلِكَ كُلُّ صبغٍ لَمْ يُرَدْ بِهِ تَزْيِينُ الثَّوْبِ مِثْلُ السَّوَادِ وَمَا صُبِغَ لِيُقَبِّحَ لِحُزنٍ أَوْ لِنَفْيِ الوَسَخِ عَنْهُ وَصِبَاغُ الغزل بِالْخُضْرَةِ يُقَارِبُ السَّوَادَ لا الخُضْرَةَ الصَّافِيَةَ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فَأَمَّا مَا كَانَ من زِينَةٍ أَوْ شَيْءٍ فِي ثَوْبٍ وَغَيْرِهِ فَلاَ تَلْبَسُهُ الحَادُّ».

قال الماوردي: وقد استوفينا نقل هذا الفصل لأنه مشروح، ونحن نشير إلى علله.

وجملة الثياب ضربان:

أحدهما: ما كان على جهته لم تدخل عليه زينة وإن كان في نفسه زينة يتزين بها اللابس، ويستر بها العورة على ما سماها الله تعالى به من الزينة في قوله: ﴿خُذُو زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] وذلك هو البياض من جميع الثياب فمنها القطن أرفعه وأدونه ومنها الكتان أرفعه وأدونه سماه الشافعي ثياب الورع، ومنها الوبر أرفعه وهو الخز وأدونه وهو المعزى، ومنها الصوف أرفعه وأدونه، ومنهاالإبريسم وهو رفيع الجنس فيجوز لها لبس البياض كله مقصوراً وخاماً، لأن القصارة كالغسل في إنقاء الثوب وإذهاب وسخه، فإن كان على بياض الثياب طرز، فإن كانت أعلاماً كباراً لم يجز أن تلبسها لأنها زينة ظاهرة قد أدخلت على الثوب، وإن كانت صغاراً خفية ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها زينة تمنع من لبسها.

والثاني: أنها عفو لاتمنع من لبسها لخفائها.

والثالث: أنها إن ركبت بعد النسج كانت زينة محضة تمنع من لبسها، وإن كانت نسيجة معها لم تمنع من لبسها؛ لأنها غير مزيدة في الثوب.

فصل: .

والضرب الثاني: من الثياب ما غير بياضها بالأصباغ الملونة حتى تصير زينة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يمزج لونه بالنقوش كالوشي والسقلاطون أو بالتخطيط كالعتابي فهو إدخال زينة محضة على الثوب وتستوي جميع الألوان في حظره على الحاد من سواد وغير سواد سواء كان نقشه نسجاً أو تركيباً.

والضرب الثاني: أن يصبغ جميعه لوناً واحداً فألوان الأصابغ تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان زينة محضة وهو الأحمر صافيه ومشبعه، والأصفر صافيه ومشبعه فلبسه محظور على المعتدة في الإحداد، لأنه زينة، وليس بمحظور على المحرمة لأنه لا يزيل الشعث.

روت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر ولا الممشوق، ولا الحلي.

والقسم الثاني: من الصبغ ما لم يكن زينة وكان شعاراً في الإحداد ولإخفاء الوسخ، وهو السواد صافيه ومشبعه فلا يمنع الحاد لبسه؛ لأنه إن لم يزدها قبحاً لم يكسبها جمالاً وهو لبس الإحداد وشعاره حتى اختلف أصحابنا في وجوب لبسه في الإحداد على وجهين:

أحدهما: يجب لاختصاصه بشعار الحزن والمصائب.

والثاني: يستحب ولا يجب لاختصاص الوجوب بما يجتنبه دون ما يستعلمه، وهذان الوجهان من اختلاف التأويل في قول النبي ﷺ لاسماء بن عميس حين أتاها نعي زوجها جعفر بن أبي طالب تسلبي فأحد تأويليه: أنه أراد به لبس السواد، فعلى هذا يكون لبسه واجباً في الإحداد لأمره.

والثاني: أنه أراد به نزع الحلي، فعلى هذا لا يكون لبسه واجباً؛ لأنه لم يتوجه إليه أمر، ويكون نزع الحلي واجباً لما توجه إليه من النهي.

والقسم الثالث: من الألوان ما يختلف حال مشبعه وصافيه، وهو الخضرة والزرقة فإن كانا صافيين مشرقين فهما زينة كالحمرة والصفرة فتمنع الحاد من لبسها لاختصاصها بالزينة، وإن كانا مشبعين بين كمشبع الحلى والأخضر فهما كالسواد

يدخلان على الثوب لإخفاء الوسخ فلا تمنع الحاد من لبسها، ويفارقان السواد في وجوب لبسه على أحد الوجهين ولا فرق في ألوان الزينة المحظورة عليها من صبغ الغزل بها قبل نسجه وبين صبغ الثوب بها بعد نسجه، لأنهما في الحالين زينة ووهم بعض أصحابنا ففرق بين ما صبغ قبل النسج وبعده فمنع من المصبوغ بعد نسج وأباح المصبوغ قبل نسجه وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، ولم يذكره في شرحه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: عموم نهيه ﷺ عن لبس المعصفر الممشوق.

والثاني: أن المصبوغ قبل النساجة أحسن، وهو بذوي النباهة أخص فكان بالحظر أحق.

فصل: فأما الحلى محظور عليها في الإحداد لنهي النبي ﷺ عنه، ولأن نزعه أحد التأويلين في قوله ﷺ لأسماء: تسلبي وهذا مما تختص به المعتدة بحظره دون المحرمة؛ لأنه زينة وليس له في زوال الشعث تأثير وسواء في ذلك حلى الذهب والفضة واللؤلؤ أو الجواهر وسواء ما كثر منه كالخلاخلة والأسورة وما قل كالخواتيم والأقراط، فأما إن تحلت بالصفر والنحاس والرصاص فإن كان مموهاً بالفضة والذهب أو كان مشابهاً للفضة و الذهب يخفى على الناظر إلا بعد شدة التأمل فهي ممنوعة من لبسه أيضاً كما تمنع من لبس حلى الفضة والذهب في لباسه وتحسينها الداعي إلى استحسانها، فإنه المقصود بلبس الحلى كما قال الشاعر.

وَمَا الحُلْيُ إِلاَّ زِينَةٌ لنقيصَةٍ ... يتم مِن حسن إِذَا الحُسْنُ قَصَّرَا
فَأَمَّا إِذَا كَانَ الجَمَال موفراً ... كحسنك لَمْ يَحْتَجْ إِلَى أَنْ يُزَوَّدَا

فأما إذا لم يشبه بالذهب والفضة وتميز عنهما في النظر روعي فيه حال المعتدة، فإن كانت مِنْ قوم جرت عادتهم أن يتحلو بالصفر والنحاس منعت من لبسه في الإحداد؛ لأنه زينة لهم، وإن كانت من قوم لا يتحلون به، وإنما يستعملونه لما يتصورون فيه من الحرز والنفع جاز لها لبسه؛ لأنه ليس بزينة لها، فإذا أرادت المعتدة في إحداها أن تلبس حليها ليلاً وتنزعه نهاراً جاز ذلك لكن إن فعلت ذاك لإحرازه لم يكره وإن فعلته لغير إحراز وحاجة كره وإن لم يحرم والله أعلم.

فصل: فأما ما عدا زينة جسدها من زينة منزلها وزينة فرشها فلا تمنع منه؛ لأنه ليس يدخل عليها علي الإحداد من الأجانت من يراها فيه فيحسنها وكذلك لا يحرم عليها أن تنام على فراش أو تضع رأسها على وسادة ولا تمنع من أكل اللحم والحلواء وسائر المآكل المشتهاة لقول النبي ﷺ «لا رهبانية في الإسلام».

فأما أكل ما فيه طيب من الحلواء أو الطبيخ فهو محظور عليها؛ لأنه يحرك شهوتها للرجال وإن لم تتحرك لها شهوة الرجال والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ كُلُّ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ كَبِيرَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ مُسْلِمَةٍ أَوْ ذِمِّيَّةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ وهو مشتمل على ثلاثة مسائل:

أحدها: في الحرة والأمة فأما الحرة فقد ذكرنا وجوب الإحداد عليها، وأما الأمة فهي في الإحداد كالحرة وإن اختلفا في مدة العدة، فأما السكنى فإن ترك السيد استخدامها وجب لها السكنى كالحرة ولزمها الجمع بين السكنى والإحداد وإن استخدمها لم يمنع منها لحقه في الملك، وسقطت السكنى ولزم الإحداد ولا يكون سقوط السكنى موجباً لسقوط الإحداد؛ لأن مقصود الإحداد أمران:

أحدهما: إظهار الحزن على الزوج رعاية لحرمته.

والثاني: ترك ما يحرك الشهوة من الزينة لأن لا تشتهي ويشتهيها الرجال وليس في واحد من هذين ما يخالف فيه معنى الحرة ولا يؤثر فيما يستحقه السيد من الخدمة.

فصل: والمسألة الثانية في الصغيرة والكبيرة، فأما الكبيرة فقد ذكرنا وجوب الإحداد عليها في العدة فأما الصغيرة فعليها العدة والإحداد فيها كالكبيرة.

وقال أبو حنيفة: عليها العدة وليس عليها الإحداد، لقول النبي ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم ولأن الإحداد تعبد محض لا حق فيه للزوج فوجب أن لا يلزم الصغيرة كالعبادات .

ودليلنا رواية أم سلمة أن امرأة أتت النبي ﷺ فَذَكَرَتْ له أن بنتها مات زوجها، وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟فقال: لا ولم يسألها عن صغرها وكبرها فدل على استواء الأمرين: ولأن كل من لزمتها العدة وجب أن تؤخذ بأحكام تلك العدة كالكبيرة.

فأما رفع القلم عنها فلما لم يمنع من وجوب العدة عليها لم يمنع من أحكامها، وأما كون الإحداد تعبداً محضاً فهو كالعدة فيه تعبد ويتعلق به حتى الزوج إما لرعاية حرمته وإما لصرف الرجال عن الرغبة فيها في عدته وهذان مما لا يفترق فيهما حكم الصغيرة والكبيرة والله أعلم.

فصل: والمسألة الثالثة في المسلمة والذمية.

فأما المسلمة فقد ذكرنا وجوب الإحداد عليها في العدة.

وأما الذمية فهي في وجوب العدة والإحداد كالمسلمة.

وقال أبو حنيفة: إن كان زوجها مسلما فعليها العدة وليس عليها الإحداد وإن كان زوجها ذمياً فلا عدة ولا حداد.

وقال أبو يوسف، ومحمد: عليها العدة منهما ولا إحداد عليها منهما استدلالا بقول النبي ﷺ لا يحل لامرأة تؤمن باللَّه واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا فلما خص المؤمنة بالذكر دل على اختصاصها بالحكم؛ ولأنها عبادة محضة فسقطت بالكفر كسائر العبادات؛ ولأنها لما أقرت على ترك الإيمان كان إقرارها على ترك الإحداد أولى.

ودليلنا حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال: المتوفى زوجها لا تلبس المعصفر ولا المشقوق ولا الحلي ولا تكتحل ولا تختضب ولم يفرق بين المسلمة والذمية فدل على اشتراكهما، فيه؛ ولأنها بائن بالوفاة فوجب أن تلزمها العدة والإحداد كالمسلمة، ولأن الإحداد إما أن يكون لرعاية الحرمة وإما لحفظ الشهوة وإن كانت الذمية أقل رعاية للحرمة فهي أقوى شهوة لقلة المراقبة فكانت بالإحداد أولى من المسلمة.

فأما الخبر فلم يذكر الإيمان فيه شرطا، وإنما ذكره تنبيها على الأدنى وكما قال تعالى: ﴿**إن نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها**﴾ [الأحزاب: ٤٩] فلم يكن ذكر الإيمان فيهن شرطا، وكان تنبيها يستوي فيه من آمن ومن كفر.

والجواب عن قولهم: أن تعبد، فهو أن التعبد لما اقترن به حق الزوج جاز أن يؤخذ به و إن لم يؤخذ بحقوق الله تعالى المحضة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تَزَوَّجَتْ نَصْرَانِيَّةٌ نَصْرَانِيًّا فَأَصَابَهَا أَحَلَّهَا لِزَوْجِهَا الْمُسْلِمِ وَيُحَصِّنُهَا لأَنَّهُ زَوْجٌ أَلاَ تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ زَنَيَا وَلاَ يَرْجُمُ إِلاَّ مُحْصَناً».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على خمسة فصول: قد تقدم الكلام في كل فصل منها:

أحدها: أن مناكح المشركين صحيحة وأبطلها مالك.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿**وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ**﴾ [المسد: ٤] فجعلها زوجة بنكاح الشرك وقول النبي ﷺ: «وُلِدْتَ مِنْ نِكَاحٍ لاَ مِنْ سفاحٍ» ولأنه لما جاز إقرارهم عليها بعد إسلامهم جاز ودل على صحتها في شركهم.

والفصل الثاني: وقوع الطلاق في مناكحهم حتى إن طلقها في الشرك ثلاثاً ثم أسلما لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

وقال مالك: لا يقع بينهم بطلاق بناء على مذهبه في فساد مناكحهم.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فكان على عمومه.

والفصل الثالث: ثبوت إحصانهم بالإصابة في مناكحهم.

وقال مالك، وأبو حنيفة: لا إحصان لهم، ودليلنا أن رسول الله ﷺ «رجم يهوديين زنيا» ولا يرجم إلا محصناً، ولأنها إصابة في نكاح يقر عليها أهله فوجب أن يثبت بها الحصانة كالمسلمة.

والفصل الرابع: أن المسلم إذا طلق الذمية ثلاثاً، ونكحت بعده ذمياً أحلها للمسلم بعد طلاقه لها.

وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يحلها ودليلنا قول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] فكان على عمومه؛ ولأنه نكاح يقر عليه الزوج فجاز أن يستباح بالإصابة فيه نكاح الأول كالمسلم.

والفصل الخامس: وجوب العدة على الذمية من المسلم والكافر.

وقال أبو حنيفة، ومالك: عليها العدة من المسلم وليس عليها العدة من الكافر.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولأن النبيَّ ﷺ قال في سبي هوازن: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» وقد كن ذوات أزواج في الشرك، ولأن عليها أن تحفظ أنساب المشركين كما تحفظ أنساب المسلمين لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٤٩] ولتمييز أنساب المسلمين من أنساب المشركين لاختلافهما في الأحكام فاستويا في العدة والله أعلم.

بَابُ اجْتِمَاعِ العِدَّتَيْنِ والقافة

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا تَزَوَّجَتْ فِي العِدَّةِ وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ بِبَقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الأَوَّلِ ثُمَّ تَعْتَدُّ مِنَ الثَّانِي وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ (قال الشافعي) لأَنَّ عَلَيْهَا حَقَّيْنِ بِسَبَبِ الزَّوْجَيْنِ وَكَذَلِكَ كُلُّ حَقَّيْنِ لَزِمَا مِنْ وَجْهَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، وجوب العدة تمنع من عقد النكاح قبل انقضائها، فإن نكحت في عدتها كان النكاح باطلاً بالإجماع المنعقد عن النص في قوله تعالى ﴿وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولفساد العقد حالتان:

إحداهما: أن يخلو من وطء.

والثاني: أن يقترن به وطء.

فان خلا من الوطء فلا حد عليهما فيه لكن يعزران إن علما بالتحريم، ولا يعزران إن جهلاه، والتعزير لإقدامهما على التعرض لمحظور النكاح ولا ينعقد النكاح لأنه ليس بعقد ولا يتعلق به شيء من أحكام النكاح فلا يستحق به مهر، ولا نفقة، ولا سكنى ولا تصير فيه فراشاً ولا يثبت به تحريم المصاهرة، ولا يجب بالتفرقة بينهما عدة، ولا تنقطع به عدة الأول، وتكون جارية فيها.

فإن قيل: أفليس الرجعة في العدة تقطع عدة المطلق حتى إن طلقها بعد الرجعة لم يحتسب بما بين الرجعة، والطلاق الثاني من العدة فهلا كانت المنكوحة في العدة قاطعة للعدة ما لم يفرق بينهما.

قلنا: لأن المرتجعة تكون فراشاً فلم يحتسب بمدة الفراش من العدة، والمنكوحة في العدة لا تكون فراشاً فجاز أن يحتسب بمدة الاجتماع من العدة، فعلى هذا إن أكملت العدة قبل التفرقة بينهما فقد حلت للأزواج، وكان للناكح لها في العدة أن يتزوجها بعد العدة وأحسب مالكاً بقول لا يجوز له أن يتزوجها وهي محرمة عليه ما لم تنكح غيره.

فصل: فإن وطئها لم يخل حالهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكونا عالمين بالتحريم.

والثاني: أن يكونا جاهلين به.

والثالث: أن يكون الواطىء عالماً والموطوءة جاهلة.

والرابع: أن يكون الواطىء جاهلاً والموطوءة عالمة.

فأما القسم الأول وهو أن يكونا عالمين بالتحريم فعليهما الحد.

وقال أبو حنيفة: لا حد عليهما لشبهة العقد بناء على مذهبه في الواطىء لأمه بعد النكاح أنه لا حد عليه، وقد مضى من الحجاج عليه في ذلك ما هو دليل عليه هاهنا، وقد روى البراء بن عازب قال: رأيت عمي ومعه راية، فقلت إلى أين تذهب، فقال: أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل أعرس بامرأة أبيه أن أقتله وآتيه برأسه وأخمس ماله.

والعرسة اسم للوطء في نكاح فاحتمل تخميس ماله، لأنه استحل ذلك فصار مرتداً وصار ماله بالردة فيئاً واحتمل إن لم يستحله فقتله حداً وخمس ماله عقوبة، لأن العقوبات كانت في صدر الإسلام بالأموال، فدل ذكر الحسب على تعلق القتل به، ولأنه لما ورد النص بتحريمه ارتفعت الشبهة في إباحته وارتفاع الشبهة في الوطء ويوجب للحد كالزنا، فإذا ثبت وجوب الحد عليهما، فهو كالزنا لا يستحق به المهر، ولا يجب فيه العدة ولا يلحق فيه النسب ولا بقطع عدة الأول ويسري في عدته، وإن لم يفرق بينهما وبين الثاني؛ لأنها لم تصر بهذا الوطء فراشاً له.

فصل: وأما القِسْمُ الثَّاني، وهو أن يكونا جاهلين بالتحريم: إما لجهلهما ببقاء العدة، وإما لجهلهما بالتحريم مع علمهما بِبَقَاءِ العدة فهما سواء ولا حد عليهما، لأن في الجهل بالتحريم شبهة تدرأها الحدود ويتعلق بهذا الواطىء أحكامه في النكاح فيستحق فيه المهر ويلحق به النسب وتجب به العدة وتقطع به عدة الأول ما لم يفرق بينها وبين الثاني، لأنها قد صارت بوطء الشبهة فراشاً له ولا يجوز أن تكون فراشاً له ومعتدة من غيره، لأن العدة تنافي الفراش، فإذا فرق بينهما صارت بالتفرقة داخلة في عدة الأول لارتفاع الفراش بها فيبنى على ما مضى منها ثم تعتد من إصابة الثَّاني ويجوز إذا كملت عدة الأول أن يتزوجها الثاني، وإن كانت في عدته ولا تحرم عليه، وحكي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنها قد حرمت على الثاني أبداً إذا كان جاهلاً بالتحريم، ولا تحرم عليه مع العلم بالتحريم، وهو مذهب مالك وذكره الشافعي في القديم فاختلف أصحابنا هل قاله حكاية عن مالك، أو مذهباً لنفسه.

فقال البصريون: حكاه عن غيره.

وقال البغداديون: قاله مذهباً لنفسه ومن قال بهذا اختلفوا، هل يكون تفريق الحاكم بينهما شرطاً في هذا التحريم المؤبد؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون شرطاً، وقد حرمت أبداً سواء افترقا بأنفسهما أو فرق الحاكم بينهما، لأن أسباب التحريم لا تقف على الحكم كالنسب والرضاع.

والوجه الثاني: أن الحكم شرط في تأبيد هذا الحكم كاللعان، واحتج من ذهب إلى هذا القول بأمرين: هما دليل وفرق بين العالم والجاهل:

أحدهما: أن العالم بالتحريم مزجور فاستغنى عن الزجر بتأبيد تحريمها عليه والجاهل به غيره مزجوراً بالحد فَزَجَر بتأبيد التحريم.

والثاني: أن الجاهل بالتحريم مفسد للنسب لاشتراكهما فيه فزجر على إفساده بتأبيد التحريم والعَالِم به غيرُ مُفْسِدٍ للنسب، لأنه غير مشارك فيه فلم يزجر بتحريمها عليه لعدم إفساده فهذا دليل ما قاله عمر، ومذهب من تابعه عليه.

وقال علي بن أبي طالب عليه السلام لا يحرم عليه مع الجهل والعلم جميعاً، وهو مذهب أبي حنيفة وبِهِ قال الشَّافعي في الجديد، وهو القياس الصحيح من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه مع العلم أغلظ مأثماً ثم لا يحرم عليه فكانت مع ارتفاع المأثم بالجهل أولى أن لا يحرم.

والثاني: أن الوطء لا يقتضي تحريم الموطوءة على الواطِىء، وإنما يقتضي تحريم غيرها على الواطىء وتحريمها على غير الواطِىء.

والثالث: أن حلال الوطء وحرامه من نكاح وزناً لا يوجب تأبيد تحريم الموطوءة على الواطىء، وهذا الوطء ملحق بأحدهما وليس للفرقين المتقدمين وجه؛ لأن الزجر لا يكون بالتحريم فبطل به الفرق الأول، والجاهل غير مفسد للنسب، لأنه يستضيف ولده إلى نفسه والعالم هو المفسد، لأنه قد أضاف ولده إلى غيره فبطل به الفرق الثاني.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الواطىء عالماً بالتحريم والموطوءة جاهلة به فعليه الحد دونها ولها المهر؛ لأنه معتبر بشبهتها ولا يلحق به النسب ولا تجب به العدة لأنهما يعتبران بشبهة دونهما ولا ينقطع بوطئه عدة الأول: لأنها لم تصر به فراشاً ويكون ما مضى من مدة اجتماعهما محتسباً به من عدة الأول فتبنى عليها حتى تستكملها ويجري على هذا الوطء في حق الواطىء حكم القسم الأول، وفي حق

الموطوءة حكم القسم الثاني، وما وجب من المهر فيهما فهو للموطوءة ولا يكون في بيت المال.

وقال عمر رضي الله عنه يكون مهرها في بيت المال، وفي قول النبي ﷺ «فلها المهر بما استحل من فرجها» ما يمنع أن يكون مستحقاً لغيرها.

وبه قال علي بن أبي طالب عليه السلام، وهو القياس الذي عمل به الشافعي.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يكون الواطىء جاهلاً بالتحريم والموطوءة عالمة به فالحد على الموطوءة دون الواطىء، لأن الحد معتبر بشبهة كل واحد منهما ولا مهر لها، لأن المهر معتبر بشبهتها، والولد لاحق به، وعليها العدة، لأنهما معتبران بشبهة، وتكون هذه الإصابة قاطعة لعدة الأول؛ لأنها قد صارت بها فراشاً للثاني، فإذا فرق بينهما دخلت في عدة الأول، وبنت على ما مضى منها حتى تستكملها وتستأنف بعدها عدة الثاني، وتجري على هذه الإصابة في حق الموطوءة حكم القسم الأول، وفي حق الواطىء حكم القسم الثاني فتصير إصابة الثاني قاطعة لعدة الأول في قسمين إذا جهلا التحريم أو جهله الواطىء دونها، وغير قاطعة لعدته في قسمين إذا علما بالتحريم أو علمه الواطىء دونها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من أحكام هذه الأقسام ووجبت عليها عدتان عدة من طلاق الأول وعدة من وطء الثاني لم تتداخل العدتان، وأكملت عدة الأول لتقدمه وصحة عقده ثم استأنفت بعدها عدة الثاني.

وبه قال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعلي بن أبي طالب عليه السلام وعمر بن عبد العزيز.

وقال مالك: وأبو حنيفة تتداخل العدتان ولا يلزمها أكثر من عدة واحدة، ويكون الباقي من عدة الأول داخلاً في عدة الثاني استدلالاً بقول الله تعالى ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فلم يوجب على الحامل عدة غير وضع الحمل سواء كان من واحد أو جماعة، وبقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلم يوجب عليها غيرها في عموم الأحوال.

قالوا: ولأنهما عدتان ترادفتا فوجب أن تتداخلا كما لو كانتا من واحد، ولأن العدة تراد لاستبراء الرحم، فإذا عرف في خق أحدهما عرف في حقهما فلم يستفد بالزيادة ما لم يستفد قبلها، ولأن العدة تتصل بسببها ولا تتأخر عنه وذلك موجب لتداخلهما حتى لا تتأخر واحدة منهما عن سببها، ولأن المختلعة يجوز لمخالعها أن يتزوجها في عدتها، ولو طئت فيها بشبهة لم يجز أن يتزوجها فلولا أنها في عدة منهما

لجاز له أن يتزوجها، فاقتضى هذا المنع تداخل العدتين ولأن العدة أجل يقضى بمرور الزمان، فإذا اجتمع أجلان في دين لرجلين تداخلا كذلك إذا اجتمعت عدتان.

ودليلنا إجماع الصَّحَابَةِ منقول عن اثنين أمسك الباقون عن مخالفتهما.

أحدهما: عن عمر رواه الشافعي عن مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار أن طُلَيْحَةَ كانت تحت رُشَيْدٍ الثقفيّ فطلقها البتة فنُكحت في عدَّتها فضربها عمر وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما، ثم قال: أيما امرأة نُكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، واعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم الآخر وكان خاطباً من الخطاب وإن كان دخل بها فرّق بينهما، واعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لم ينكحها أبداً.

والثاني: عن علي عليه السلام رواه الشافعي عن عبد المجيد عن ابن جريج عن عطاء: أن رجلاً طلق امرأته فاعتدت منه حتى إذا بقي من عدتها نكحها رجل في آخر عدتها وبنى بها فأتى علي بن أبي طالب في ذلك ففرق بينهما وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ثم تستأنف عدة الثاني، فإذا انقضت عدتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت وإن شاءت فلا.

قال الشافعي: أنا أقول بقولهما في أن لا تتداخل العدتان وأقول بقول علي في أنها لا تحرم على الثاني إذا كان قد دخل بها، وليس لهما في الصحابة مخالف فثبت إجماعاً.

فإن قيل: فقد خالفهما ابن مسعود.

قيل: ليس بثابت مع اشتهار هاتين القصتين من إمامين لو خالفهما غيرهما لاشتهر كاشتهارهماومن القياس: أنهما حقان مقصوران لآدميين فوجب إذا ترادفا أن لا يتداخلا، كما لو قتل رجلين قتل بأحدهما وأخذت منه دية الآخر في قول الشافعي، وفي قول أبي حنيفة قتل لهما وتؤخذ منه الدية تكون بينهما، وكذلك لو قطع يمنى رجلين اقتص من يمينه لأحدهما، وأخذت منه دية يمين الآخر في قول الشافعي، وقول أبي حنيفة على ما ذكرنا في النفس، وليس تداخل أحد الحَقَّيْنِ في الآخر على كل المذهبين في النفوس، والأطراف، ولأن المرأة محبوسة على الزوج في حقين نكاح وعدة فلما امتنع اشتراك الزوجين امتنع تداخل العدتين، ولأن العدة من الحقوق المشتركة من حقوق الله تعالى في التعبد وحق الزوج في حفظ مائه، وحق الزوجة في السكنى فلم يجز أن تتداخل مع اختلاف مستحقهما لأنه إن غُلِبَ فيها حق اللّه تعالى لم تتداخل كالحدود، والكفارات المختلفة، وإن غُلب فيها حق الآدميين لم تتداخل كالديون، والقصاص، ولأنه لما لم يجز في عدة أن تتداخل باختلاف من عليه العدة لم

تتداخل باختلاف من له العدة، ولأنها لو وطئت بالشبهة في عدة الوفاة لم تتداخل ألعدتان، وكذلك إذا كان الوطء في عدة الطلاق وجب أن لا تتداخل العدتان.

فأما الجواب عن الآيتين فهو أن صيغة اللفظ تضمن عدة واحدة فلم يجز أن تحمل على عدتين.

وأما قياسهم على تداخل العدتين من واحد فالمعنى فيه: أنه استبراء من ماء واحد فجاز أن يتداخل، وإذا كان من اثنين فهو استبراء من مائين فلم يتداخلا.

وأما قولهم إنه إذا عرف براءة رحمها عن أحدهما عرف براءته في حقهما.

فالجواب عنه أن العِدَّة استبراء وتعبد فإذا عرف الاستبراء لم يسقط معه التعبد كعدة الصغيرة وغير المدخول بها في الوفاة.

وقولهم: أن العِدّة تتصل بسببها ولا تنفصل عنه ففاسد بمسألتنا لانفصال عدة الأول في مدة وطء الثاني ثم بالمطلقة في الحيض وليس الحيض، وإنها تستقبل العِدة بما بعد حيض الطَّلَاق، وما قالوه من تحريم المختلعة عليه إذا وطئت في عدتها، فإنما منع من نكاحها، لأنها محرمة عليه بَعْد عِدَّته حتى تقضي عدة غيره فصارت كالمحرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

وأما اعتبارهم بتداخل الأجلين فلا يصح من وجهين:

أحدهما: أن الأجل في الدين حق لمن عليه الدين، وله إسقاطه بالتعجيل، والأجل في العدة حق على من عليها العدة، ولا يجوز إسقاطه بالعفو فافترقا.

والثاني: أن مقصود الآجال ما بعدها من الحقوق وهي غير متداخلة، والعدد هي الحقوق المقصودة فاقتضى قياسه أن لا يتداخل.

فصل: فإن قيل: فقد قلتم بتداخل العِدتين في ثَلاثِ مسائل فلزمكم أن تقولوا به في جميع المسائل.

إحداهن: في زوجة لرجل وطئها أجنبي بشبهة فدخلت في عدة الواطىء ثم طلقها زوجها قبل انقضاء عدة الواطىء استأنفت عدة الطلاق، ودخلت فيها عدة الواطىء بشبهة. والجَوَاب عن هذه المسألة أن لأصحابنا فيها وجهان:

أحدهما: أن العدتين لا يتداخلان كما لم يتداخلا في غيرهما، ويكون هذا أصلاً مستمراً وتأتي بما بقي من عدة الوطء لتقدمها ثم تستأنف عدة الطلاق.

والوجه الثاني: أنها تستأنف عدة الطلاق، ويسقط بها الباقي من عدة الوطء ولا تدخل بقيتها في عدة الطلاق.

والفرق بين هذه المسألة، ومسألة الخلاف: أن العدة في هذه المسألة طرأت على نكاح فجاز أن يسقط حكمها له سعفها بعدة النكاح لقوته، وفي مسألة الخلاف طرأت عدة على عدة فلزمتا معاً، ولم يتداخلا لأن في تداخلهما سقوط إحداهما.

والمسألة الثانية: إن قالوا قد قلتم في مشرك طَلَّقَ زوجته في الشرك ثلاثاً، فتزوجت في عدتها ووطئها الثاني ثم فرق بينهما أنها تستأنف العدة بثلاثة أقراء تدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، فكان هذا تداخل عدتين في حق المشركين، فكذلك في حق المسلمين.

والجواب عنه أنه لا يخلو حال المشركين من أن يكونا من أهل الذمة أو من أهل الحرب فإن كانا من أهل الحرب لم يتداخل عدتاهما؛ لأنه يلزمنا حفظ أنسابهم كما يلزمنا حفظ أنسابنا وإن كانا من أهل الحرب فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن العدتين لا يتداخلان في حق المشركين كما لا يتداخلان في حق المسلمين.

والوجه الثاني: تَتداخل العدتان، لأنه لا يلزمنا أن نحفظ أنساب المشركين فلم تتداخل العدتان في حقوقهم وإنما توجب العدة على المشرك حفظاً لنسب من يتزوجها من المسلمين كما تستبرىء المسبية حفظاً لنسب من يستمتع بها من المسلمين.

والمسألة الثالثة: إن قالوا قد قلتم في رجل وطأ أمة اشتراها قبل أن يستبرئها ثم باعها لزم المشتري الثاني أن يستبرئها بقرءٍ واحد، وإن لزمها الاستبراء بقرأين ويدخل أحد الاستبرائين في الآخر كذلك تداخل العدتين.

والجواب عن هذه المسألة أن لأصحابنا أيضاً فيها وجهين:

أحدهما: أن عليها الاستبراء بقرأين للمستبرأين، ولا تتداخل وهذا أصح.

والوجه الثاني: ليس عليهما الاستبراء واحد، ويتداخل الاستبراءان وإن لم تتداخل العدتان.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: الاستبراء أخف من العدة، لأن الاستبراء بقرءٍ واحد، والعدة بثلاثة أقراء فجاز أن يتداخل الاستبراء لِضَعْفِهِ ولم تتداخل العدة لقوتها.

والثاني: أن الاستبراء يجب في حق المشتري دون البائع فلم يجب على البائع استبراء بعد زوال ملكه، ووجب على المشتري لحدوث ملكه وليس كذلك العدة لأنها تجب بعد ارتفاع الفراش فلم يؤثر ارتفاعه في سقوطها، وهو العلة في وجوبها.

فصل: فإذا ثبت وجوب العدتين، وأنهما لا يتداخلان لَمْ يخل حال المعتدة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون من ذوات الشهور لصغر، أو إياس فهي ثلاثة أشهر إن كانت حرة فينظر في الماضي من عدة الطلاق، فإن كان شهراً واحداً اعتدت بخمسة أشهر شهران منها تستكمل بها عدة الطلاق، وللمطلق أن يراجعها فيهما إن كان طلاقه رجعياً وثلاثة أشهر عدة الوطء وللواطىء أن يتزوجها فيها، وليس ذلك لغيره وإن مضى لها

من عدة الطلاق شهران اعتدت بأربعة أشهر شهر منها تستكمل به عدة الطلاق وثلاثة أشهر عدة الوطء.

والقسم الثاني: أن تكون من ذوات الأقـراء فينظر في الماضي من عدة الطلاق، فإن كان قرءاً اعتدت بخمسة أقراء مِنْهَا قُرءان تستكمل بِهِمَا عدة الطلاق، وثلاثة أقراء عدة الوطء وإن مضى منها قرءان اعتدت بأربعة أقراء منها قـرءٌ تستكمل به عدة الطلاق، وثلاثة أقراء عدة الوطء.

والقسم الثالث: أن تكون من ذوات الحمل فينظر في الحمل، فإن لحق بالأول انقضت عدتها منه بوضعه واستأنفت للثاني ثلاثة أقراء وإن لحق بالثاني انقضت عدتها منه بوضعه، لأنه لا يجوز أن يكون لاحقاً به وتنقضي به عدتها من غيره فلذلك تقدمت به عدة الثاني ولزمها أن تستكمل ما بقي من عدة الأول ولا اعتبار بادعائه له، لأن ثبوت النسب حق للولد فإن نفاه لم ينتف عنه إلا أن يلتعن منه فينتفي باللعان ولا يلحق بالأول، وكذلك لو لحق بالأول فَنفَاه باللِّعان لم يلحق بالثاني وتكون عدة من نفاه قَدِ انقضت بوضعه، لأنه نفى بعد لحوق ولكن لو لم يلحق بواحد منهما لم تنقض بوضعه عدة واحد منهما، وكان عليهما أن تستكمل ما بقي من عدة الأول، وتستأنف عدة الثاني وإن أمكن أن يلحق واحد منهما وعدمت القافة وقف إلى زمان الانتساب وكان عليها أن تعتد بثلاثة أقراء، لأن إحدى العدتين قد انقضت بوضعه وبقي عليها العدة الأخرى، فإن كانت الأولى فهي بقيتها، وإن كانت الثانية فهي جميعها فإذا اعتدت بثلاثة أقراء كانت يقيناً.

فصل: فأما اجتماع العدتين في حق الرجل الواحد فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون العدة الأولى عن عقد، والعدة الثانية عن وطء شبهة.

والقسم الثاني: أن تكون الأولى عن وطء شبهة، والثانية عن عقد.

والقسم الثالث: أن تكون كل واحدة من العدتين عن عقد.

فأما القسم الأول، وهو أن تكون العدة الأولى عن عقد، والثانية عن وطء شبهة فصورتـه في رجل طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم وطئها في عدتها فهذا الوطء محرم عليه عندنا ولا تصح به الرجعة، وهو حلال عند أبي حنيفة وتصح به الرجعة، وقد مضى الكلام معه في كتاب «الـرجعة» وإذا كان هذا الوطء محرماً فلا حد فيه لأجل الشبهة وأن الرجعية في أحكام الزوجات لوجوب النفقة، واستحقاق التوارث، وذلك من أقوى الشبهات في إسقاط الحد مع العلم والجهل لكن يعزران إنْ علما تحريمه ولا يعزران إن جهلاه، وعليهما أن تعتد من هذا الوطء؛ لأنه وطء شبهة يوجب لحوق النسب ويدخل في عدة الوطء ما بقي من عدة الطلاق، لأنهما عدتان لحفظ ماء واحد فتداخلتا في حق الرجل الواحد، وإذا كان كذلك لم يخل حال المعتدة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون من ذوات الشهور.

والثاني: أن تكون من ذوات الأقراء.

والثالث: أن تكون حاملاً.

فإن كَانَتْ مِنْ ذَوات الشُّهور فَعَلَيْهَــا أن تعتد بثلاثة أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الــوَطء يدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، فإن كان الوطء بعد أن مضى من عدة الطلاق شهر وبقي منها شهران كان الشهر الأول، والشهر الثاني من العدتين من عدة الطلاق ومن عدة الوطء ولها فيهما النفقة، وله فيهما الرجعة، وإن وطئها فيهما لم يحد وكان الشهر الثالث مختصاً بعدة الوطء لا نفقة لها فيه ولا رجعة له فيه، وإن وطئها فيه فَعَليه الحد.

وإن كانت من ذوات الأقـراء اعتدت بثلاثة أقراء من وقت الوطء، وأجزأها عن العدتين فإن كان الوطء بعد أن مضى قرءان من عدة الطلاق كان القُرْء الأول آخر عدة الطلاق، وأول عدة الوطء وله فيه الرجعة وعليه فيه النفقة ولا حد عليه إنْ وطىء فيه وكان القرءان الآخران مختصين بعدة الوطء ليس له فيها رجعة ولا عليه فيهما نفقة وإن وطئها فيهما حد.

وإن كانت حاملاً لم يخل حملها من أحد أمرين:

إما أن يكون متقدماً قبل الطلاق أو حادثاً بعد الوطء، فإن كان متقدماً قبل الطَّلاَقِ فَعِدَّتُها من الطَّلاق تكون بوضع الحمل، وعدتها من الوطء تكون بالإقراء، وهما جنسان وفي تداخلهما وجهان:

أحدهما: يَتَداخَلان في الجنس الواحد، فعلى هذا تنقضي عدتاها بوضع الحمل وله الرجعة ما لم تضع وعليه النفقة، وإن وطئها فلا حد عليه.

والوجه الثاني: لا يتداخلانْ؛ لأن اختلاف الجنسين يقتضي اختلاف الحكمين

فلم يجز أن يتداخلا مع اختلاف الجنس والحكم، وهكذا لو زنا بكراً ثم زنا ثيباً ففي تداخل الحدين وجهان، فعلى هذا إذا منع من تداخل هاتين العدتين لم يخل حالها في الحمل من أن ترى عليه دماً أو لا تراه، فإن لم تر دماً انقضت عدة الطلاق بوضع الحمل وله ما لم تضع أن يراجع وعليه النفقة فإذا وضعت استأنفت عدة الوطء بثلاثة أقراء بعد النفاس ولم يكن له فيها رجعة ولا عليه فيها نفقة، وإن كانت ترى على الحمل دَمَاً فقد اختلف قول الشافعي، هل يكون دمها على الحمل حيضاً أم لا على قولين:

أحدهما: وبه قال في القديم يكون دم فعاد ولا يكون حيضاً، فعلى هذا تكون في حكم من لم تر على الحَيْضِ دَمَاً في أن عدتها من الطلاق بِوضع الحَمْلِ ومن الوطء بثلاثة أَقْرَاء بعد النفاس.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد أن الدَّم على الحمل يكُون حيضاً، فعلى هذا تكون عدتها من الطلاق بوضع الحمل وعدتها من الوطء تكون بـالأقراء التي على الحمل ولا يمتنع أن تعتد هذه الحامل بالأقراء التي على الحمل، وإن لم تعتد غيرها به، لأن على هذه عدتين إحداهما بالحمل فجاز أن تكون الأخرى بالأقراء التي على الحمل وغيرها ليس عليها إلا عدة واحدة فلم تعتد إلا بالحمل فإذا كان كذلك نظر فإن استكملت ثلاثة أقراء قبل وضع الحمل فقد مضت عدة الوطء وتصير هذا الموضع متقدمة على عدة الطلاق وتنقضي عدة الطلاق بوضع الحمل وله الرجعة ما لم تضع وعليه النفقة وإن وضعت حملها قبل استكمال ثلاثة أقراء أُنقضت عدة الطلاق بوضعه، وسقطت عنه النفقة وبطلت الرجعة ولزمها أن تكمل بعد الوضع ما بقي من عدة الوطء، وإن كان الحمل حادثاً بعد الوطء فعدة الطلاق بالأقراء وعِدَّة الوَطء بالحَمْل، وفي تَداخلهما مع اختلاف جنسهما مَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهَيْنِ:

أحدهما: يتداخلان، فعلى هذا تنقضي عِدَّتاها بوضع الحمل، وله ما لم تضع الرجعة وعليه النفقة.

والوجه الثاني: لا يتداخلان، فعلى هذا إن لم تر على الحَمْلِ دَماً أو رأته ولم تجعله حيضاً انقضت عدتها من الوطء بوضع الحمل، وتكون عدة الوَطء هاهنا متقدمة على عدة الطلاق، فإذا وضعت حملها استكملت ما بقي من عدة الطلاق، فإن كان الماضي منها قَبْل الوطء قـرءٌ أتت بقرءين، وإن كان الماضي منها قرءان أتت بقـرءٍ واحد، وله أن يُرجعها في الباقي من أقراء الطَّلاق بَعْدَ الحَمل، وعليه فيه النفقة وفي مراجعتها ووجوب نفقتها قبل وضع الحمل وجهان:

أحدهما: لا رجعة له، ولا نفقة عليه، لأنها عدة من وطىء فعلى هذا لو وطئها في الحمل حُدّ.

والوجه الثاني: له الرجعة وعليه النفقة، لأنه لما تعقب الحمل عِدَّة الطلاق جرى على مدة الحمل أحكام عدة الطلاق، فعلى هذا لو وطئها في الحمل لم يجد وإن رأت على الحمل دماً وجعلناه حيضاً اعتدت بالأقراء على الحمل من عدة الطلاق وبوضع الحمل من عدة الوطء فإن سبق وضع الحمل انقضت به عدة الوطء وأتت بالباقي من أقراء الطَّلاق، وكان في الرجعة والنفقة والوطء على ما مضى، وإن سبقت الأقراء على وضع الحمل انقضت بها عدة الطلاق وانقضت بوضع الحمل عدة الوطء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تكون العدة الأولى عن وطء شُبْهَةٍ، والعدة الثانية عن عقد نكاح، فصورته في رجل وطىء امرأة بشبهة أو بعقد فاسد، ثم تزوجها في العدة فالعقد صحيح، لأن العِدة منه فإن دخل بها سقطت عدة الوطء بدخوله، وعليها إن طلق أن تستأنف العِدة من طلاقه وإن لم يدخل بها حَتَّى طلقها فهل تكون مدة النكاح قاطعة لعدة الوطء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وخرج به عن القياس أنه لا تقطع عدة الوطء بعقد النكاح حتى يطأ فيه كالعقد الفاسد وجعلها في مدة النكاح جارية في عدة الوطء.

والوجه الثاني: وعليه جمهور أصحابنا وهو القياس المطرد على مذهب الشافعي أن عدة الوطء قد انقطعت بعقد النكاح إذا كان صحيحاً، وإن لم يطأ فيه لأنها قد صارت به فراشاً ولا يجوز أن تكون فراشاً وهي معتدة وخالفت النكاح الفاسد، لأنها لا تكون فراشاً فيه إلا بالوطء، فلذلك لم ينقطع به العدة، فعلى هذا إذا قطع العقد ما تقدمه من العدة أكملت بعد الطلاق عدة الوطء وبنت على ما مضى منه وحَلّت بعدها للأزواج، ولم يلزمها من الطلاق عدة؛ لأنه في نكاح تجرد عن دخول.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تكون العدتان عن عقدين، فصورته في رجل خالع زوجته بعد الدخول على طلقة أو طلقتين ثم تزوجها قبل انقضاء العدة فالعقد صحيح، وإن خالف فيه المزني خلافاً تقدم الكلام فيه، فإن طلق في هذا العقد الثاني لم يخل أن تكون قبل الدخول، أو بعده، فإن كان بعد الدخول فقد سقط بالدخول ما بقي من عدة الطلاق الأول في الخلع، وعليها أن تستأنف العدة من الطلاق الثاني وإن لم يدخل بها في العقد الثاني حتى طلق ولم يلزمها فيه عدة، ولم يسقط به ما بقي من عدة الطلاق الأول، وأسقطه أبو حنيفة، وقد مضى الكلام معه وإذا لم يسقط لزمها

إكمال العدة الأولى، وهل يكون العقد الثاني مع خلوه من الوطء قاطعاً للعدة الأولى أم لا؟

قال أبو العباس بن سريج: لا تقطعها وتكون جارية في عدتها حتى تستكملها، ومذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن العدة قد انقطعت بالعقد، ويكون البناء على العدة بعد الطَّلاق، وقد مضت هذه المسألة وإنما أعيدت لاقتضاء التسليم لها.

فصل: وإذا زوج السيد أمته ثم طلقها الزوج بَعْد الدخول بها فهي محرمة على السيد حتى تقضي عدتها فإذا قضتها حلت له من غير استبراء بعد العدة، ولو باعها السيد في العدة صح البيع، لأن تحريمها بالعدة لا يمنع من جواز البيع لها كالمحرمة بنسب، أو رضاع، فإذا قضت عدتها لم تحل للمشتري إلا بعد أن يستبرئها بحيضة بخلاف البائع.

والفرق بينهما أن البائع عادت إليه بملك متقدم قد استبرأها فيه فلم يلزمه أن يستبرأها ثانية لأنه ما استحدث ملكاً ثانياً وإنما طرأ على ملكه فراش الزوج، وقد ارتفع بانقضاء العدة منه فعادت إلى إباحته بالمعنى الأول فلم يلزمه استبراء، وليس كذلك المشتري، لأنه استحدث ملكاً يوجب عليه الاستبراء في حقه وعدة المطلق كانت في حق نفسه فصار كعدتين من اثنين لا يتداخلان كذلك لا يتداخل الاستبراء والعدة.

فصل: وإذا وطىء الرجل أمة غيره بشبهة يظنها أمة نفسه لحق به ولدها، وعليه قيمته وكانت عدتها من إصابة الاستبراء بحيضة ولا يلزمها عدة الزوجات، لأنها ليست بزوجة ولا ظنها الواطىء زوجة فإن ظَنَّها عِنْدَ وطئه لها أنها زوجه فهل تكون عدتها من إصابته عدة زوجة، أو استبراء أمة؟ على وجهين:

أحدهما: استبراء أمة بحيضة واحدة اعتباراً بالموطوءة.

والوجه الثاني: عدة الزوجية اعتباراً بالوطء فعلى هذا إن كانت زوجته التي اشتبهت عليه بهذه الأمة الموطوءة مملوكة، ولم تكن حرة لزم الأمة الموطوءة عدة أمة، وإن كانت حرة ففيما يلزم الأمة الموطوءة من العدة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج عدة حرة ثلاثة أقراء اعتباراً باعتقاد الواطىء وطء زوجته حرة.

والوجه الثاني: وهو ما عليه جمهور أصحابنا أنها عدة أمة، لأن عدة الزوجية معتبرة بحال الموطوءة دون الواطىء فأما إذا وطىء زوجة غيره يظنها أمة نفسه فعليها من وطئه عدة حرة لا يختلف فيه أصحابنا ولا اعتبار فيها بمعتقده والفرق بينهما أن

الحرة لا تستبرىء نفسها إلا بعدة، والأمة قد تستبرىء نفسها بغير عدة فجاز أن يختلف حال الأمة ولا يختلف حال الحرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اعْتَدَّتْ بِحَيْضَةٍ ثُمَّ أَصَابَهَا الثَّانِي وَحَمَلَتْ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا اعْتَدَّتْ بِالحَمْلِ فَإِذَا وَضَعَتْهُ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ نَكَحَهَا الآخَرُ فَهُوَ مِنَ الأَوَّلِ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ فَارَقَهَا الأَوَّلُ وَكَانَ طَلاَقُهُ لاَ يَمْلِكُ فِيْهِ الرَّجْعَةَ فَهُوَ لِلآخَرِ وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ فِيْهِ الرَّجْعَةَ وَتَدَاعَيَاهُ أَوْ لَمْ يَتَدَاعَيَاهُ وَلَمْ يُنْكِرَاهُ وَلاَ وَاحِداً مِنْهُمَا أُرِيهِ القَافَةَ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِالأَوَّلِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ وَتَبْتَدِىءُ عِدَّةً مِنَ الثَّانِي وَلَهُ خِطْبَتُهَا فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِالثَّانِي فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ وَتَبْتَدِىءُ فَتُكَمِّلُ عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّةِ الأَوَّلِ وَلِلأَوَّلِ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ».

قال الماوردي: وصورتها في مطلقة نكحت في عدتها فقد ذكرنا بطلان نكاحها، وإنه إن لم يدخل بها الثاني كانت جارية في عدتها، وكان وجود النكاح في النكاح كعدمه، وإن دخل بها الثاني انقطعت عدة الأول بدخول الثاني لا بعقده، لأنه بالدخول صارت فراشاً له وبالفراش تنقطع العدة، فإذا فرق بينهما وبين الثاني ارتفع فراشه، ولزمها أن تعتد من وطئه بعد أن تكمل بقية عدة الأول، فإن لم تكن حاملاً بدلت ببقية عدة الأول من بعد فرقة الثاني، فإذا أكملتها استأنفت بعدها عدة الثاني بثلاثة أقراء كاملة، وهذا قد مضى وإن كانت حين فرق بينهما وبين الثاني حاملاً فلحملها أربعة أحوال:

أحدها: أن يلحق بالأول دون الثاني.

والحال الثانية: أن يلحق بالثاني دون الأول.

والحال الثالثة: أن لا يلحق بالأول ولا بالثاني.

والحال الرابعة: أن يمكن لحوقه بالأول والثاني.

فأما الحال الأولى: وهو أن يكون الحمل لاحقاً بالأول دون الثاني: فهو أن تضعه لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من دخول الثاني، فهو لاحق بالأول دون الثاني، لأن مدة الحمل ما بين ستة أشهر إلى أربع سنين اعتباراً بالوجود على ما سنوضحه فكانت الستة أشهر حداً لأقله فلم يكن ما دونها مدة للحمل، وكانت الأربع سنين حداً لأكثره فلم يكن ما زاد عليها مدة للحمل فلذلك لحق بالأول لوجوده في مدة حمله، وانتفى عن الثاني لقصوره عن مدة حمله، ويتعلق بذلك خمسة أحكام النسب، والعدة، والرجعة، والتزويج، والنفقة.

فأما النسب فقد ذكرناه، وأنه لا حق به هاهنا بالأول دون الثاني.

وأما العدة فهي عدتان فتنقضي عدة الأول بوضع الحمل للحوقه به وتستأنف عدة الثاني بعد مدة النفاس بثلاثة أقراء.

وأما الرجعة فهي مستحقة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فيكون للزوج الأول لصحة نكاحه دون الثاني لفساد نكاحه، فإذا استحقها الأول في الطلاق الرجعي فليس له مراجعتها في مدة اجتماعها مع الأول، لأنها خارجة فيها عن عدته وفراش لغيره فإن راجع فيها كانت الرجعة باطلة، فإذا فارقت الثاني صارت داخلة في العدة فهو الوقت الذي يستحق الأول فيه الرجعة، فإذا راجعها فله حين الرجعة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم في وقت الرجعة بتقدم حملها على وطء الثاني فرجعته صحيحة لعلمه بأنها في عدته.

والحال الثانية: أن يعلم تحملها وقت رجعتها، ولا يعلم تقدمه على وطء الثاني ففي صحة رجعته وجهان:

أحدهما: وهو الظَّاهر من مذهب الشافعي في إطلاقه أن الرجعة صحيحة، لأنها صادفت مدة عدته.

والوجه الثاني: أن الرجعة فاسدة، لأن الحمل قبل وضعه مشتبه الحال متردد بين أن يكون منه فيملك فيه الرجعة وبين أن يكون من غيره فلا يملكها فصار شاكاً في استحقاقها فيه فبطلت.

والحال الثالثة: أن يراجعها من غير علم بحملها فينظر في وقت رجعته، فإن كان قبل أن يمضي عليها بقية عدته صحت رجعته وإن كان بعد مضيها لم تصح.

مثاله: أن يكون الباقي من عدته قرءان فراجع قبل انقضاء القرأين صحت الرجعة، لأنها صادفت مدة عدته اعتقاداً وحكماً، وإن راجعها بعد مضي القرأين لم تصح الرجعة اعتباراً بالظاهر من انقضائها، وإن كانت في الباطن باقية فيها وصارت رجعته مع اعتقاده انقضاء العدة عبثاً منه، وإن وافقت زمان العدة.

وأما التزويج فلا يجوز في مدة الحمل بحال، وأما في عدة الثاني بعد الحمل فلا يجوز لغيره أن يتزوجها فيها، ويجوز للثاني على الصحيح من المذهب أن يتزوجها، وعلى مذهب مالك، والتخريج المحكي عن الشافعي في القديم قد حرمت على الثاني أبداً فلا يجوز أن يتزوجها في العدة ولا بعدها ويجوز لغيره أن يتزوجها بعد العدة.

وأما النفقة فسيأتي الكلام فيها مسطوراً من بعد فهذا حكم القسم الأول من أحوالها الأربع.

فصل: وأما القسم الثاني من أحوالها وهو أن يكون لاحقاً بالثاني دون الأول فهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولستة أشهر فصاعداً من أول دخول الثاني لأن المعتبر باستكمال ستة أشهر من أول دخوله ونقصانها من آخر دخوله، وإذا كان كذلك فهذا الولد لاحق بالثاني دون الأول إن كان طلاقه بائناً، وإن كان رجعياً فعلى قولين مضيا:

أحدهما: كالبائن يلحق بالثاني دون الأول.

والقول الثاني: أنه مخالف للبائن، ويمكن أن يلحق بالأول والثاني فيكون كالقسم الرابع على ما سنذكره، والتفريع هاهنا يكون على القول الأول، لأن تفريع القول الثاني يدخل في القسم الرابع، وإذا كان كذلك توجه الكلام إلى بيان ثلاثة أحكام: العدة، والرجعة، والتزويج، لأن النسب مضى، والنفقة تأتي.

فأما العدة فتنقضي عدة الثاني بوضع الحمل لأنه لاحق به، ولا يجوز أن يلحق به حمل تعتد به من غيره، لأن عدته لحفظ مائه ثم تستأنف ما بقي من عدة الأول بعد انقطاع دم النفاس والباقي منها قرءان، لأن الماضي مِنْهَا قرءٌ، فإذا استكملتها حلت.

وأما الرجعة فَهي للأول في الطَّلاق الرَّجعي، فإن راجعها بعد نفاسها في بقية عدته صحت رجعته، وإن راجعها قبل دخولها في عدته ففي صحة رجعته لأصحابنا وجهان ذكرناهما:

أحدهما: الرجعة صحيحة لبقاء عدته.

والثاني: فاسدة، لأنها في غير عدته، والصحيح عندي أن يفصل، فإن كانت في مدة الحمل بطلت، وإن كانت في مدة النفاس صحت، لأنها في مدة الحمل معتدة من غيره وفي مدة النفاس غير معتدة من غيره.

وأما التزويج فلا يصح أن يتزوجها أحد في مدة الحمل، ولا يجوز لغير الأول أن يتزوجها في بقية عدته فأما الأول، فإن كان يملك الرجعة أغنته الرجعة عن النكاح، وإن كان لا يملكها وحلت له قبل زوج جاز أن يتزوجها، وإن لم تحل له إلا بعد زوج لم يجز أن يتزوجها ولم يحلها الثاني له لفساد نكاحه، ولأن إصابته كانت في مدة عدته.

فصل: وأما القسم الثالث من أحوالها الأربعة، وهو أن لا يلحق بالأول ولا

بالثاني فهو أن تضعه لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من آخر دخول الثاني فإن كان الطلاق بائناً لم يلحق بالأول ولا بالثاني لتجاوز مدة أكثر الحمل في حق الأول، ولقصوره عن مدة أقل الحمل في حق الثاني وإن كان الطلاق رجعياً فعلى قولين:

أحدهما: كالبائن لا يلحق بالأول.

والقول الثاني: يلحق به ويكون كالقسم الأول، وعلى القول الأول يكون التفريع لدخول حكم القول الثاني في القسم الأول، وإذا كان كذلك ولم يلحق الولد بواحد منهما فعليها عدتان بقية عدة الأول، وكل عدة الثاني ولا يخلو حالها من أن ترى في مدة الحمل دماً أو لا تراه، فإن لم تر عليه دماً فقد اختلف أصحابنا هل يسقط بوضع الحمل إحدى العدتين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: حكاه أبو حامد الإسفراييني تخريجاً ـ أنه تنقضي به إحدى العدتين، لأن نفيه لا يمنع من انقضاء العدة به كالمنفي باللعان، فعلى هذا تنقضي به إحدى العدتين لا بعينها ويلزمها أن تعتد بعدة أو في العدتين احتياطاً.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا ـ أن العدتين باقيتان لا تسقط واحدة منهما بوضعه، لأن العدة موضوعة لحفظ ماء مستلحق، وهذا الحمل غير لاحق فخرج زمانه عن حكم العدة فلم يجز أن تنقضي به العدة، فعلى هذا يلزمها أن تستكمل بعد دم، نفاسها ما بقي من عدة الأول، وهي قرءان ثم تستأنف بعدهما عدة الثاني، وهي ثلاثة أقراء، فإن رأت على الحمل دماً، فإن قيل فيه أنه ليس بحيض كانت في حكم من لم تر دماً على ما مضى، وإن قيل: إنه حيض، وقيل: إنها نعتد بالحمل لم يجز أن تعتد بالحيض الذي على الحمل، لأن لا تتداخل عدتان في حقي شخصين، وإن قيل: إنها لا تعتد بالحمل من واحد منهما لانتفائه عنهما، فهل تحتسب حيضها عليه من أقراء عدتها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا نحتسب به عدة أقرائها لأنه لما لم تعتد بالحمل فأولى أن لا تعتد بالأقراء التي على الحمل، ويكون زمان الحمل كله غير معتبر في العدتين على ما مضى من استئنافها بعد الولادة.

والوجه الثاني: أنها تحتسب به من عدة أقرائها، لأنه إذا سقط حكم الحمل من العدة ثبت فيها حكم الأقراء وكما تعتد بها معاً إذا كانت العدتان معاً من صاحب الحمل على ما بيناه من قبل، فعلى هذا إذا مضت لها في مدة الحمل خمسة أقراء انقضت عدتاها قرءان منها بقية عدة الأول، وثلاثة أقراء هي عدة الثاني لكن لا يحكم لها في

الحال بانقضاء العدة إلا بعد أن يعلم بعد وضعها أن حملها غير لاحق بواحد منهما فإذا علم تبينا انقضاء عدتها من قبل بانقضاء الأقراء الخمسة، ولو كانت أقراؤها على الحمل أقل من خمسة لم تنقضي عدتها إلا بعد استكمال الخمسة الأقراء بعد ولادتها، فإن كان الماضي على حملها قرءان استكملت بهما عدة الأول واعتدت بعد الولادة ثلاثة أقراء هي عدة الثاني بكمالها، وإن كان الماضي على حملها ثلاثة أقراء كان قرءان منها بقية عدة الأول والثالث أول قرء الثاني فتأتي بعد الولادة بقرأين تمام عدته.

وأما الرجعة فهي للأول في طلاقه الرجعي واستحقاقها معتبر بالحمل في سقوط إحدى العدتين به.

فإن قيل: إنه قد سقطت به إحدى العدتين فلا رجعة للأول لا في زمان الحمل، ولا في زمان الأقراء بعد وضع الحمل، لأن كل واحد من الزمانين قد يجوز أن يكون من عدة الأول، ويجوز أن يكون من عدة الثاني فصار كل واحد منهما مشكوكاً في استحقاق الرجعة فيه فلم يجز أن يستحقها بالشك فلو جمع بين رجعتها في الحمل ورجعتها في القرأين بعد الحمل احتمل صحة رجعته وجهين:

أحدهما: تصح رجعته لمصادفة إحداهما زمان العدة.

والوجه الثاني: لا تصح رجعته، لأنه لما لم يتعين الصحة في إحداهما لم يصح مع إبهامهما.

وإن قيل: الحمل لا تسقط به إحدى العدتين وافتها بالأقراء فعدة الأول مقدمة على عدة الثاني سواء اعتدت بأقرائها على الحمل أو لم تعتد بها فيجوز له أن يراجعها في الباقي من أقراء عدته، وفي جواز في الحمل قبل عدته وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنها غير معتدة به منه.

والثاني: يجوز أن يراجعها فيه، وإن لم تعتد به، ولا يجوز للثاني أن يتزوجها في الحمل ولا في عدة الأول، ويجوز للثاني أن يتزوجها على الصحيح من المذهب في عدته ولا يجوز للأول أن يراجعها فيها، ولا يجوز لأحد من الخطاب أن يتزوجها إلا بعد قضاء العدة الثانية.

فصل: وأما القسم الرابع من أحوالها الأربعة وهو أن يمكن لحوقه بالأول وبالثاني فهو أن تضعه لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولستة أشهر فما فوقها من دخول الثاني فيمكن أن يلحق بكل واحد منهما، لأنه لم يزد على هذه أكثر الحمل في حق الأول ولا ينقص عن مدة أقل الحمل في حق الثاني فاستويا في لحوقه بهما، وإذا كان كذلك وجب أن يدعى له القافة حتى يلحقوه بأحدهما، فإن ألحقوه بالأول انقضت

به عدته، واستأنفت عدة الثاني بثلاثة أقراء، وإن ألحقوه بالثاني انقضت به عدته وكملت عدة الأول بقرأين، وإن لم يكن في القافة بيان وقف الولد إلى زمان الانتساب لينتسب بطبعه إلى أبيه منهما، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الرحم إذا تماست تعاطفت» وفي زمان انتسابه ذكر كان أو أنثى قولان:

أحدهما: إذا استكمل سبع سنين، وهو الزمان الذي يخير فيه بين أبويه.

والقول الثاني: إذا بلغ ليجري عليه القلم فيكون لقوله حكم، فإذا انتسب إلى أحدهما ألحق به وانقطعت عنه أبوة الآخر، وإن توقف عن الانتساب أخذ به جبراً حتى ينتسب لما في ثبوت نسبه من حق له وعليه.

فأما العدة: فقد انقضت بوضع الحمل إحدى العدتين، لا بعينها، وبقيت عليها إحداها لا بعينها، ويجوز أن يكون بقرأين إن كان الولد لاحقاً بالثاني أو ثلاثة أقراء إن كان لاحقاً بالأول فلزمها أن تعتد أوفاهما وهو ثلاثة أقراء لتكون على يقين من قضائها.

وأما الرجعة فلا تخلو مراجعة الأول لها من أن يكون في الحمل أو في الأقراء فإن راجعها في الحمل كان معتبراً بحال الحمل فإن لحق بالثاني فرجعة الأول فيه باطلة، وإن لحق بالأول ففي صحة رجعته وجهان حكاها أبو حامد الإسفراييني:

أحدهما: تصح رجعته، لأنها صادفت عدته.

والوجه الثاني: لا تصح، لأنه راجع على شك من استحقاق الرجعة، وهذان الوجهان كمن باع دار أبيه يعتقد حياته، وكان ميتاً ففي صحة بيعه وجهان، وإن راجع في الأقراء التي بعد الحمل نظر في رجعته، فإن كان في القرء الثالث لم تصح الرجعة، لأن القَـرء الثالث لا يجوز أن تكون في عدته يقيناً، لأنه إن لحق به الحمل كانت عدته به، والأقراء من الثاني، وإن لم يلحق به الحمل كانت عدته قرأين، وكان الثالث من غير عدته فلذلك بطلت رجعته فيه بكل حال، وإن راجع في القرأين كان معتبراً بالحمل فإن كان لاحقاً به بطلت رجعته في القرأين، لأنهما في عدة الثاني، وإن كان الحمل لاحقاً بالثاني، وكان القرءان من عدة الأول ففي صحة رجعته فيه وجهان:

أحدهما: تصح، لأنها صادفت عدته.

والثاني: لا تصح لوجودها في زمان الشك، وأما تزويجها فلا يجوز لغير الثاني أن يتزوجها ما لم تنقض عدتها، فأما الثاني إذا قيل بالصحيح من الوجهين أنها لا تحرم عليه، فلا يجوز له أن يتزوجها في مدة الحمل سواء لحق به أو لم يلحق، لأنه إن لم يلحق به فهي معتدة من غيره، وإن لحق به فعليها بعده عدة لغيره، وإن تزوجها في الأقراء بعد الحمل نظر في حال تزويجه، فإن كان في القرأين فهو باطل، لأنه متردد بين أن يكون من عدته فيصح وبين أن يكون من عدة الأول فيبطل فصار متردداً بين

حظر وإباحة فبطل، لأن النكاح لا يستباح بالشك وسواء بان من بعد أنه من عدته أم لا بخلاف الرجعة في أحد الوجهين، لأن النكاح عقد لا يجوز أن يكون موقوفاً على خلوها من العدة، والرجعة يصح أن تكون موقوفة على بقاء العدة، وإن تزوجها في القرء الثالث صح النكاح، لأنه متردد بين أن تكون فيه معتدة منه أو خالية من عدة، وليس في واحد منهما مانع من نكاحها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يُلْحِقُوهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ أَلْحَقُوهُ بِهِمَا أَوْ لَمْ تَكُنْ قَافَةٌ أَوْ مَاتَ قَبْلَ يَرَاهُ القافة أَوْ أَلْقَتْهُ مَيِّتاً فَلَا يَكُونُ ابْنَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا الرجوع إلى بيان القافة مع إشكال النسب، فإن لم يكن فيهم بيان فقد ذكر الشافعي في ذلك خمس مسائل:

أحدها: أن لا يلحقوه بواحد منهما فلا يكون فيه بيان، لأنه لا يقبل منهم نفيه عنهما وقد ثبت فراشهما، وأوجب الشرع لحوقه بأحدهما، لأنه قد صار موقوف النسب عليهما فقبل منهم لحوقه بأحدهما، لأنه تمييز ما اقتضاه الشَّرع ولم يقبل نفيه عنهما، لأنه نفى ما أثبته الشرع فصاروا ممن لا بيان فيهم.

والمسألة الثانية: إذا ألحقوه بهما فلا يلحق بهما؛ لأن الشرع قد منع من لحوقه بأبوين فصاروا مثبتين لما نفاه الشرع فلم يكن فيهم بيان.

والمسألة الثالثة: إذا لم يكن قافة يريد في موضع الولد المتنازع فيه وما قاربه إلى مسافة أقل من يوم ونصف ليلة، ولم يرد أن لا يكونوا في الدنيا كلها، لأنهم لا يخلون من الحجار، ولا يلزم إذا بعدوا أن يحمل الولد إليهم، ولا أن يحملوا إليه كالشهود الذي لا يلزم نقلهم ولا الانتقال إليهم، وكالولي الغائب الذي لا يلزم نقله ولا الانتقال إليه، ويكون خلو الموضع وما قاربه من القافة يجري عليهم حكم العدم لهم وفقد البيان منهم، فإن تكلفوا الانتقال إليهم أو نقل القافة إليهم جاز وإن لم يجب ولزم بعد حضورهم أن يعمل على قولهم إذا كان فيه بيان.

والمسألة الرابعة: إذا مات منهم قبل بيان القافة ميت فينظر، فإن كان الميت المتنازعان، أو أحدهما، وكان القافة يعرفون الميت في حياته بكلامه وألحاظه وشمائله وأماراته فلم يؤثر موته في حكم القافة، وجاز أن يلحقوه بعد الموت بمن حكموا بشبهه به، وإن لم يعرفوه في حياته أو كان الميت هو الولد الذي لم يعرف نظر حاله بعد الموت فإن تغير في أوصافه وحلاه ارتفع حكم القافة عنه، وإن لم يتغير وكان باقياً على أوصافه التي كان عليها في حياته ففيه وجهان:

أحدهما: قد بطل حكم القافة فيهم بالموت، لأنهم يعتبرون مع الشبه الظاهر ما خفي من الشبه الخفي في الكلام والألحاظ والشمائل والإشارات، ويقتصرون على

أحدهما وهذا الشبه الخفي مفقود بالموت فَلَمْ يصح الحكم.

والوجه الثاني: أن الموت لا يمنع حكم القافة، لأن الشَّبه الظَّاهر أقوى، وبيانه في الحلي والأوصاف أوضح، وإنما يفتقرون إلى الشبه البّاطن في الإشارات عِنْدَ إشكال الشَّبه الظاهر فلم يمنع ذلك من جواز الحكم بالقافة فقد مر مُجَزِّزٌ المدْلجيُّ بأسامة وزيد نائمين وقد تغطيا بقطيفة بدت منهما أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضهما من بعض فقضى فيهم بالشبه الظاهر، ولم يفتقر معه إلى الشبه الباطن في الإشارات والنوم في خفاها عليه كالموت.

والمسألة الخامسة: إذا ألقت المولود ميتاً، فإن كان موته قبل أن يستكمل أوصافه وتتناهى صورته لم يحكم فيه بالقافة، وإن كان بعد تناهيها واستكمالها على ما ذكرنا من الوجهين، إذا مات بعد ولادته حياً، وإن كان حكم القافة في المولودميتاً أضعف، فأما قول الشافعي إذا عدم بيان القافة، فيما ذكره من هذه المسائل الخمس أنه لا يكون ابن واحد منهما يعني بعينه للجهل به، وإن كان ابن أحدهما لا يعينه كأنه لا أب له سواهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ وَقِفَ حَتَّى يَصْطَلِحَا فِيْهِ».

قال الماوردي: يعني به هذا الولد الموقوف نسبه إذا أوصى له بوصية ثم مات فالوصية على ضربين:

أحدهما: أن يوصي له بعد ولادته.

والثاني: أن يوصي له في حال حمله.

فأما الضرب الأول في الوصية له بعد ولادته فلا يخلو موته من أن يكون بعد قبول الوصية أو قبلها، فإن مات بعد قبول الوصية وقبولها قد يصح من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يكون قد قبلها بعد بلوغه، ومات قبل انتسابه.

والثاني: أن يقبلها الحاكم له في صغره.

والثالث: أن يقبلها له المتنازعان في نسبه فيصح قبولها، لأن أحدهما أبوه، فإن قبلها أحدهما لم يصح لجواز أن يكون أجنبياً، وإن قبلتها أمه، ففي صحة قبولها وجهان من اختلاف الوجهين في ثبوت ولايتها عليه عند فقد الأب، وإن مات قبل قبولها لم يبطل بموته وكان قبولها موقوفاً على اجتماع ورثته على قبولها، وهو أن تجتمع الأم مع المتنازعين على القبول فيصح، لأنه حق لهم ورثوه عنه فلا يصح إلا

باجتماعهم، فإن تفردت الأم بالقبول صح في حقها، وإن تفرد المتنازعان بالقبول صح في حقها، وإن تفرد أحدهما بالقبول لم يصح في واحد من الحقين، وإن قبل الحاكم لم يصح قبوله، وإن صح في حياة الموصى له، لأن الوصية في هذه الحال لمن لا ولاية له عليه، وفي تلك الحال لا مولى عليه فإذا صح قبول الوصية على ما ذكرنا فهي موروثة عنه يمين أمه وأبيه وللأم في قدر ميراثها منه ثلاثة أحوال:

حال تستحق فيها الثلث يقيناً، وحال تستحق فيها السدس يقيناً، وحال شك في استحقاقها لثلث أو سدس.

فأما الحال المتيقن فيما استحقاقها للثلث فهو أن لا يجتمع للميت أخوان متحققان إما بأن لا يكون لها ولا لأحد من المتنازعين ولد ويكون لها ولد، وليس لواحد منهما ولد، أو يكون لكل واحد منهما ولد واحد، وليس لها ولد فمستحق الثلث في هذه الحال لأنها غير محجوبة عنه لفقد الأخوين، ويكون الثلثان الباقيان بعد ثلثها موقوفين على المتنازعين حتى يصطلحا عليه عن تراض، إما بالتساوي فيه أو بالتفاضل أو بانفراد أحدهما به.

وأما الحال المتيقن فيها استحقاقها للسدس فهو أن يجتمع للميت أخوان متحققان إما بأن يكون لها ولدان فيكونا أخوين من أم، وإما بأن يكون لكل واحد من المتنازعين ولد فيكون له أخوان أحدهما من أم والآخر من أب وأم فيحجبونها إلى السدس فتعطاه ويكون ما عداه موقوفاً بين المتنازعين حتى يَصْطَلِحَا عليه.

وإما الحال المشكوك في استحقاقها لثلث أو سدس فهو أن يكون للميت أخوان في حال وواحد في حال، وذلك بأن يكون لأمه ولد ولأحد المتنازعين ولد، وليس للآخر ولد أو يكون لأحدهما ولدان، وليس للآخر إلا ولد واحد، فقد ترث الأم إن لحق بصاحب الولدين السدس، وإن لحق بصاحب الولد الواحد الثلث وفي قدر ما يستحقه مع هذا الشك وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: تعطى السدس، لأنها لا تورث بالشك ويكون السُدس الآخر موقوفاً بينهما وبين المتنازعين حتى يصالحنها عليه، وتكون ما عداه موقوفاً عليها حتى يصطلحا عليه.

والوجه الثاني: أن تعطى الثلث، لأنها لا تحجب بالشك، فإن بان حجبها رجع عليها بالسدس الزائد على حقها إن لم يبن فلا رجوع.

قال أبو إسحاق: والأول أحوط والثاني أقيس.

فصل: فأما الضرب الثاني وهو أن يوصي له في حال حمله، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تطلق الوصية له.

والثاني: أن يضاف فيها إلى أحد المتنازعين.

فإن أطلقت الوصية له فقال الموصي قد وصيت لحمل هذه المرأة فالوصية جائزة وله حالتان:

إحداهما: أن تضعه حياً فتصح الوصية بعد ولادته، ويكون القبول لها والميراث فيها على ما قدمناه.

والحال الثانية: أن تلده ميتاً لم يستهل، فالوصية باطلة، لأنه لا يرث ولا يورث، وإن كانت الوصية مضافة إلى حمله من أحد المتنازعين كقوله قد وصيت لحملها من زيد، فإن الوصية جائزة، وهي موقوفة على لحوقه به ولا يخلو حاله فيه من ثلاثة أقسام: ـ

أحدها: أن يلحق به فتصح الوصية، ويكون قبولها مقصوراً عليه وميراثه بينه وبين الأم على ما قدمناه.

والقسم الثاني: أن يلحق بغيره فالوصية باطلة لعدم شرطها.

والقسم الثالث: أن لا يلحق بواحد منها لبقاء الإشكال والإياس من البيان فلا تصح الوصية، لأنها لا تستحق بالشك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّوْجِ الصَّحِيحِ النِّكَاحِ وَلاَ آخُذُهُ بِنَفَقَتِهَا حَتَّى تَلِدَهُ فَإِنْ أُلْحِقَ بِهِ الوَلَدُ أَعْطَيْتُهَا نَفَقَةَ الحَمْلِ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا وَإِنْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ لَمْ آخُذْهُ بِنَفَقَتِهِ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَيْهِ فَإِنْ أُلْحِقَ بِصَاحِبِهِ فَلاَ نَفَقَةَ منا لأَنَّهَا حُبْلَى مِنْ غَيْرِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ خَالَفَ الشَّافِعِيُّ فِي إِلْحَاقِ الوَلَدِ فِي أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ بِأَنْ يَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مقصورة على بيان النفقة للمنكوحة في العدة ومقدمتها أن العدة على ضربين:

أحدهما: من نكاح صحيح.

والثاني: من نكاح فاسد.

فأما العدة من النكاح الصحيح فعلى ضربين:

أحدهما: رجعية.

والثاني: مبتوتة.

فأما الرجعية فلها النفقة في العدة حاملاً كانت أو حائلاً، لأنها في معاني الزوجات ونفقتها معجلة وتستحقها يوماً بيوم.

وأما المبتوتة فلها حالتان: حامل وحائل فالحائل لا نفقة لها، والحامل لها النفقة وفيها قولان:

أحدهما: أن النفقة وجبت لها.

والثاني: لحملها وفي صفة استحقاقها قولان:

أحدهما: معجلة في كل يوم.

والثاني: مؤجلة بعد الوضع.

وأما العدة من النكاح الفاسد فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون بغير حمل إما بشهور أو أقراء فلا نفقة فيها للمعتدة.

والضرب الثاني: أن تكون بحمل ففي وجوب نفقتها قولان:

أحدهما: لا نفقة لها إذا قيل إن نفقة الحامل مستحقة للحمل لكونها حاملاً.

والقول الثاني: لها النفقة إذا قيل إن نفقة الحامل مستحقة للحمل، وهل تستحقها معجلة أو بعد الوضع على قولين:

فإذا ثبتت هذه المقدمة، وكانت المنكوحة في العدة ذات حمل ترتب على ما قدمناه من الأقسام الأربعة:

أحدها: أن يلحق بالأول دون الثاني فنفقتها في مدة الحمل واجبة على الأول لصحة نكاحه، فإن كانت رجعية استحقتها معجلة يوماً بيوم من بعد فراق الثاني وإلى وقت الولادة ولا تستحقها في نفاس الولادة، وإن كانت مبتوتة فعلى ما ذكرناه من القولين:

أحدهما: تستحقها معجلة كذلك.

والثاني: مؤجلة بعد الولادة ولا نفقة لها على الزوج الثاني في امتدادها منه بالإقراء لفساد نكاحه.

والقسم الثاني: أن يلحق الولد بالثاني دون الأول، فهل على الثاني نفقتها في مدة الحمل أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا نفقة لها إذا قيل إن نفقة الحامل لكونها حاملاً.

والقول الثاني: لها النفقة إذا قيل لحملها وفي تعجيلها وتأجيلها قولان: فأما نفقتها في عدة الأول بالأقراء بعد الحمل، فإن كانت مبتوتة فلا نفقة لها، وإن كانت رجعية فلها النفقة، وفيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي ـ أنها تستحقها من بعد انقطاع دم نفاسها، لأن دم النفاس غير معتبر به.

والوجه الثاني: لها النفقة من بعد الولادة في مدة النفاس وما بعدها إلى انقضاء عدتها لأنها جارية في العدة، وإن لم تعتد بالنفاس كما لو طلقها حائضاً كانت لها النفقة في حيضها، وإن كانت غير معتدة به.

والقسم الثالث: أن لا يلحق الولد بواحد منهما فلا نفقة لها على واحد منهما في مدة حملها، لأنه غير لاحق به ولا في حال عدتها من الثاني لفساد نكاحه، فأما الأول فإن كانت مبتوتة منه فكذلك لا نفقة لها عليه في عدتها منه، وإن كانت رجعية فلها النفقة في العدة.

والقسم الرابع: وهو المنظور أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما فنفقتها معتبرة بطلاق الأول وهو على ضربين: رجعي، وبائن، فإن كان رجعياً فالنفقة في عدته مستحقة ويترتب استحقاقها على اختلاف قول الشافعي في الحمل إن لحق بالثاني، فهل عليه نفقته أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا نفقة عليه إذا قيل: إن النفقة للحامل، فعلى هذا لا تستحق نفقة الحمل على واحد منهما، لأنه متردد بين أن يلحق بالثاني فتسقط نفقته وبين أن يلحق بالأول فتجب نفقته فصارت نفقته مترددة بين وجود وإسقاط فلم تجب لكنها في عدة الأول مستحقة للنفقة لكونها رجعية ونفقتها معجلة في كل يوم، لأنها في حكم الزوجة وعدتها مترددة بين أن تكون بالحمل إن لحق به أو بالإقراء إن انتفى عنه فوجب أن يؤخذ بنفقة أقصى المدتين لاستحقاقها يقيناً، فإن كانت مدة الحمل أقصر أخذ بنفقتها في مدة حملها، وإن كانت مدة الأقراء أقصر أخذ بنفقة قرأين، لأنهما قدر الباقي من عدته، ثم يراعى حال الحمل بعد ولادته، فإن لحق بالأول تقدرت نفقتها بمدة الحول، فإن كانت هي أقصر المدتين فقد استوفتها، وإن كانت أطولها رجعت عليه بالباقي منها، وإن لحق بالثاني تقدرت نفقتها بمدة القرأين، فإن كانت أقصر المدتين فقد استوفتها، وهل تستحق معها نفقة مدة النِّفاس أم لا؟ على ما مضى من الوجهين، وإن كانت أطول المدتين رجعت عليه بما بقي منها، وهل يضاف إليها مدة النفاس أم لا؟

على الوجهين، فهذا حكم النفقة على القول الأول.

والقول الثاني: أن نفقة الحمل مستحقة على الثاني، إن لحق به إذا قيل إن النفقة للحمل، فعلى هذا يترتب ذلك على اختلاف قولي الشافعي فهل يستحق نفقة الحمل معجلة في كل يوم أو مؤجلة بعد الولادة على قولين:

أحدهما: تستحق مؤجلة بعد الولادة، فعلى هذا لا يؤخذ بالثاني بشيء منها قبل الولادة لجواز أن يلحق بالأول، ويكون مأخوذاً بنفقة العدة في أقصر المدتين على ما مضى معجلة، لأنها في حقه نفقة زوجية، وفي حق الثاني نفقة حمل، ثم يراعي ما ينتهي إليه حال الحمل، فإن لحق بالأول فلا شيء على الثاني، وقد تقدرت نفقتها على الأول بمدة الحمل فيعتبر فيه، هل هي أقصر المدتين أو أطولهما فيكون على ما مضى، وإن لحق بالثاني رجعت عليه بنفقة مدة الحمل، وتقدرت عدة الأول بقرأين فتكون على ما مضى وإن لحق بالثاني رجعت عليه بنفقة مدة الحمل، وتقدرت عدة الأول بقرأين فيكون على ما مضى.

والقول الثاني: إن نفقة الحمل تستحق معجلة في كل يوم، فعلى هذا قد استوى الأول والثاني في نفقة الحمل لوجوبها على كل واحد منها إن لحق به، وتكون نفقة الحمل هي المعتبرة وقد صار الأول والثّاني فيها سواء فيؤخذان جميعاً بها، لأنه ليس أحدهما بأولى بتحملها من الآخر ثم يعتبر حاله بعد الولادة، فإن لحق بالأول فلا شيء على الثاني ويرجع على الأول بما أنفق، وإن لحق بالثاني رجع الأول عليه بما أنفق وكان على الأول نفقة عدته بالأقراء، وهي قرءان، وهل يضم إليها نفقة النفاس على الوجهين.

فصل: فإن كان طلاق الأول بائناً، فإن قلنا: إن نفقة الحمل لا تجب على الثاني إن لحق به فلا نفقة لها عليه، ولا على الأول لجواز أن لا يلحق ثم روعي أمره بعد الولادة، فإن لحق بالأول وجب عليه نفقته، وإن لحق بالثاني لم تجب عليه نفقته، ولو قلنا: إن نفقة الحمل على الثاني واجبة فإن جعلناها مؤجلة لم يؤخذ واحد منها بها حتى تضع فإذا لحق بواحد منهما كان هو المأخوذ بها دون الآخر، وإن جعلناها معجلة في كل يوم أخذا جميعاً بها لاستوائهما فيها، فإذا ألحق بعد الولادة بأحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق على ما سنذكر، وصار هو المختص بنفقة الولد بعد وضعه، وإن لم يلحق بواحد منهما كانا على اشتراك في تحمل نفقته بعد وضعه حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما، فيصير الذي انتسب إليه هو المتحمل لجميع نفقته في حال حمله، وبعد ولادته. وإن مات الولد قبل أن ينتسب إلى أحدهما لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء، لأنه ليس أحدهما بأولى بتحملها من الآخر وأخذا جميعاً بكفنه، ومؤونة دفنه

إلا أن يكون له مال، فتكون نفقته في حياته ومؤونة كفنه ودفنه في ماله دون ما تقدم من نفقة حمله، فأما قول المزني: «فإن أشكل الأمر لم آخذه بنفقته» يعني لم يأخذه وحده بها كأنه يأخذها منهما؟

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا واشتركا في تحمل نفقته حملاً ومولوداً ثم لحق بأحدهما، فإن أراد الآخر الرجوع عليه بما أنفق لم تخل حاله من أحد أمرين:

أحدهما: إما أن يكون مدعياً للولد أو غير مدع له، فإن كان مدعياً له لم يرجع بما أنفق، لأنه مقر بأنه أنفقها عَلَى وَلَد، وإن نَفَاه الشَّرع عنه، وإن كان غير مدع له ولا منازع فيه نظر، فإن كان قد أنفق بحكم حاكم رجع بما أنفق، لأن الحكم يوجب تحملها فوجب الرجوع بها، وإن كان قد أنفق بغير حكم حاكم فإن شرط الرجوع في حال الإنفاق رجع بها، وإن لم يشترط لم يرجع بها، لأنها قد صارت تطوعاً، وحكى ابن أبي هريرة وجهاً آخر أنه يرجع بها، لأن تحملها مع الاشتباه قد كان واجباً عليه فاستوى في الرجوع بها حكم الحاكم وعدمه.

فأما المزني فإنه حكى عن الشافعي في المولود من الطلاق الرجعي أنه يلحق به بعد أربع سنين، وحكي عنه: أنه لا يلحق به كالبائن، واختاره، وقد مضى الكلام معه، وبالله التوفيق.

بَابَ عِدَّةُ المُطَلَّقَة يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا زَوْجُهَا ثُمَّ يَمُوتُ أَوْ يُطَلِّقُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلقَةً يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا ثُمَّ مَاتَ اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الوَفَاةِ وَوَرِثَتْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كانت في عدة من طلاق رجعي فمات عنها زوجها قبل انقضاء عدتها ولو بساعة بطلت عدة الطلاق، وانتقلت إلى عدة الوفاة وسواء كانت تعتد من الطلاق بالأقراء أو بالشهور فلو اعتدت من شهور الطلاق بثلاثة أشهر إلا ساعةً استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، وإنما كان كذلك؛ لأن الرجعية في معاني الزوجات لما يلحقها من طلاقته، وظهاره، وإيلائه، كذلك ما يلحقها من فرقة وفاته، لأنها فرقة بتات فسقط بها فرقة الرجعية ولزمها استئناف العدة عن الوفاة، لأن البينونة بها وقعت ولم يجز أن يجتنب بما تقدم على الوفاة من الشهور لأمرين:

أحدهما: لتقدمه على سبب الوجوب.

والثاني: لاختلاف موجبها كمن زنا بكراً ثم زنا ثيباً لزمه حدان، ولو تكرر من بكر أو ثيب لزمه حد واحد، فإذا ثبت انتقالها إلى عدة الوفاة كان لها الميراث لإجراء أحكام الزوجية عليها، وتكون مساوية لمن يطلقها من زوجاته، وهكذا لو ماتت هي قبل انقضاء عدة رجعية بساعة كان له الميراث منها.

فصل: فأما ميراث المنكوحة في العدة إذا كانت حاملاً وأمكن لحوقه بكل واحد منهما فلا ميراث بينهما وبين الثاني لفساد نكاحه، فأما الأول فإن كان طلاقه بائناً فلا توارث بينهما، وإن كان طلاقه رجعياً فإن كان الموت في حال الحمل توارثا سواء لحقه الحمل أو انتفى عنه، لأنه إن لحق به كانت به في عدته، وإن لم يلحق به فعليها العدة منه بعد وضعه، وإن كان الموت بعد الحمل في عدة الأقراء نظر حَالِ الحَمْلِ فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يلحق بالأول فلا توارث لانقضاء عدته بوضع الحمل.

والقسم الثاني: أن يلحق بالثاني دون الأول فإنهما يتوارثان إن كان الموت في القرأين دون الثالث.

والقسم الثالث: أن لا يلحق بواحد منهما لدوام إشكاله ففي التوارث بينهما في عدة القرءين وجهان من وجهي ميراثها من ولدها إذا حجبها وأولاد أحدهما دون الآخر مع بقاء الإشكال:

أحدهما: لها الميراث، لأن الأصل بقاء العدة كما كان الأصل هناك عدم الحجب.

والوجه الثاني: لا ميراث لها، لأن الميراث لا يستحق بالشك في الموضعين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَاجَعَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا تَعْتَدُّ مِنَ الطَّلَاقِ الأَخِيرِ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ جُرَيْجٍ وَعَبْدِ الكَرِيمِ وَطَاوُسَ وَالحَسَنِ بْنِ مُسْلِمٍ وَمَنْ قَالَ هَذَا انْبَغَى أَنْ يَقُولَ رَجْعَتُهُ مُخَالِفَةٌ لِنِكَاحِهِ إِيَّاهَا ثُمَّ يُطَلِّقُهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا لَمْ تَعْتَدَّ فَكَذَلِكَ لَا تَعْتَدُّ مِنْ طَلَاقٍ أَحْدَثَهُ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعَةٌ إِذَا لَمْ يَمَسَّهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ المَعْنَى الأَوَّلُ أَوْلَى بِالحَقِّ عِنْدِي لِأَنَّهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا سَقَطَتْ عِدَّتُهَا وَصَارَتْ فِي مَعْنَاهَا القَدِيمِ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ لَا بِنِكَاحٍ مُسْتَقْبَلٍ فَإِنَّمَا طَلَّقَ امْرَأَةً مَدْخُولاً بِهَا فِي غَيْرِ عِدَّةٍ فَهُوَ فِي مَعْنَى مَنِ ابْتَدَأَ طَلَاقَهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ لَمْ يَرْتَجِعْهَا حَتَّى طَلَّقَهَا فَإِنَّهَا تَبْنِي عَلَى عِدَّتِهَا مِنْ أَوَّلِ طَلَاقِهَا لِأَنَّ تِلْكَ العِدَّةَ لَمْ تَبْطُلْ حَتَّى طَلَّقَ وَإِنَّمَا زَادَهَا طَلَاقاً وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ بِإِجْمَاعٍ فَلَا تُبْطِلُ مَا أُجْمِعَ عَلَيْهِ مِنْ عِدَّةٍ قَائِمَةٍ إِلَّا بِإِجْمَاعٍ مِثْلِهِ أَوْ قِيَاسٍ عَلَى نَظِيرِهِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وذكرنا أن المعتدة من طلاق رجعي إذا راجعها زوجها ثم طلقها لم يخل الطلاق الثاني من أن يكون بعد الوطء أو قبله فإن كان بعد أن وطئها في رجعته، فقد بطل بالوطء ما تقدم من العدة، وعليه إذا طلق أن يستأنف العدة من الطلاق الثاني وهذا متفق عليه، وإن لم يطأ بعد الرجعة حتى طلق فلا يختلف المذهب أن الرجعة قد قطعت عدة الطلاق الأول، وهي فيما بين الرجعة والطلاق الثاني غير معتدة.

وقال مالك: لا ينقطع عدتها بالرجعة حتى يطأ، وهذا خطأ. لأن الرجعة إباحة، والعدة حظر وهما ضدان فلا يجتمعان، وإذا لم يجتمعا فالإباحة ثابتة، وبطل حكم الحظر لأجل العدة، ولأن هذا الذي قاله مالك مفض إلى أن تبين منه بعد رجعتها إذا

أخر الإصابة إلى انقضاء عدتها فيصير سراية الطلاق مبطلاً لحكم الرجعة والمستقر من حكم الرجعة أن تبطل سراية الطلاق فصار عكساً فبطل قوله، فإذا وقع الطلاق الثاني فهل تستأنف له العدة أو تبني على عدة الطلاق الأول؟ فيه قولان:

أحدهما: تبني على عدة الطلاق الأول.

وبه قال مالك:

والقول الثاني: إنها تستأنف العدة من الطلاق الثاني، ولا تبني على عدة الطلاق الأول وسواء كان الطّلاق الثاني بائناً أو رجعياً.

وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني، وقد مضى توجيه القولين لكن احتج المزني لما اختاره من استئناف العدة بأمرين:

أحدهما: أن الرجعة لما انقطعت بها سراءة العدة وجب أن يبطل بها ما تقدم من العدة كالوطء، وهذا فاسد بالمختلعة إذا نكحها في العدة ثم طلقها لأن النكاح قطع العِدّة، ولم يبطلها، والطلاق فيه مُوجب للبناء دون الاستئناف.

والثاني: أن الرجعة لما رفعت تحريم الطلاق رفعت عدة تحريمه وصارت بمثابة من لم تطلق، فإذا طلقت من بعد استأنفت العدة، وهذا فاسد، لأنها قطعت التحريم ولم يرفع ما تقدم فكذلك العدة تنقطع بالرجعة ولا ترفع ما تقدم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُشْبِهُ أَنْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ: ارْتَجَعَ أَوْ لَمْ يَرْتَجِعْ سَوَاءٌ وَيُحْتَجُّ بِأَنَّ زَوْجَهَا لَوْ مَاتَ اعْتَدَّتْ مِنْهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ وَوَرِثَتْ كَمَنْ لَمْ تُطَلَّقْ».

قال الماوردي: وصورتها أن يطلقها في العدة الرجعية من غير أن يرتجعها فيراعي الطلاق البائن فإن كان رجعياً لم تبن به وبنت على ما مضى من عدتها قولاً واحداً لاستواء حكم الطلاقين والعدتين، وإنها قد كانت تبني منه بانقضاء العدة من الطلاق الأول، والطلاق الثاني إن لم يزدها تحريماً لم ينقصها، وإن كان الطلاق الثاني بائناً وذلك بأحد وجهين:

إما أن يستكمل به عدد الثلاث، وإما بأن يقترن بخلع فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، وابن علي بن خيران: أنهما كالتي قبلها إذا ارتجعها هل تبني أو تستأنف على قولين، لأن حكم الطلاق الثاني مخالف لحكم الطلاق الأول لكون الثاني بائناً والأول رجعياً، فلم يؤثر عدم الرجعة في

استئناف العدة كالموت الذي يوجب استئناف العدة، وإن لم يتقدمه رجعة، وتمسك قائل هذا الوجه بظاهر قول الشافعي «ارتجع أو لم يرتجع سواء».

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي إنها تبني على العدة ولا تستأنفها قولاً واحداً وهو اختيار المزني، لأن المزني اختار بعد الرجعة أن تستأنف وقبل الرجعة أن تبني، وفرق بينهما بأن الرجعة لما رفعت التحريم رفعت العدة والتحريم لا يرتفع بعدم الرجعة فلم ترتفع الرجعة.

واحتج أبو إسحاق بأن الطلاق الثلاث عدة واحدة، فسواء اجتمعت أو تفرقت إذا لم يتخللها إباحة، وتأول قول الشافعي «ارتجع أو لم يرتجع سواء» على وجه الإلزام ليبطل به ما أوجبه ودعي إليه، وهنا لا يلزم فكذلك ما اقتضاه ليس بلازم.

ومثاله ما قاله في كتاب «البيوع» من القولين في اللحمان ومن قال إن اللحمان صنف واحد لزمه أن يقول في الثمار أنها صنف واحد أي لم يقبل بهذا أحد في الثمار، فكذلك لا يقال به في اللحمان، فأما قول المزني وهي معتدة بإجماع فلا يبطل ما أجمع عليه من عدة قائمة إلا بإجماع مثله، أو قياس على نظيره فالجواب عنه لمن خالفه في اختياره، وهو ما أجاب به ابن أبي هريرة أنها معتدة بإجماع فلا تخرج من عدتها إلا بإجماع، والإجماع أن تأتي بثلاثة أقراء من الطلاق الثاني والله أعلم.

بَابُ امْرَأَةِ المَفْقُودِ وَعِدَّتِهَا إِذَا نَكَحَتْ غَيْرَهُ وَغَيْرَ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِي امْرَأَةِ الْغَائِبِ أَي غَيْبَةً كَانَتْ لاَ تَعْتَدُّ وَلاَ تَنْكَحُ أَبَداً حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينَ وَفَاتِهِ وَتَرِثُهُ وَلاَ يَجُوزُ أَنْ تَعْتَدَّ مِنْ وَفَاتِهِ وَمِثْلُهَا يَرِثُ إِلاَّ وَرِثَتْ زَوْجَهَا الَّذِي اعْتَدَّتْ مِنْ وَفَاتِهِ وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي امْرَأَةِ المَفْقُودِ إِنَّهَا لاَ تَتَزَوَّجُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. ولغيبة الرجل عن زوجته حالتان:

إحداهما: أن يكون متصل الأخبار معلوم الحياة فنكاح زوجته محال، وإن طالت غيبته وسواء ترك لها مالاً أم لا، وليس لها أن تتزوج غيره، وهذا متفق عليه.

والحال الثانية: أن يكون منقطع الأخبار مجهول الحياة فحكمه على اختلاف أحواله، في سفره واحد، سواء قعد في بلده أو بعد خروجه منه في برٍّ كان سفره أو في بحر، وسواء كسر مركبه أو فقد بين صفي حرب فهو في هذه الأحوال كلها مفقود، وماله عليه موقوف يتصرف فيه وكلاؤه ويمنع منه ورثته، فأما زوجته إذا بعد عهده، وخفي خبره ففيها قولان:

أحدهما: أنها تتربص أربع سنين بحكم حاكم ثم بحكم موته في حقها خاصة ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، فإذا انقضت فقد حلت للأزواج، وهو قوله في القديم وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم.

ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق إلا أن مالكاً فرق بين خروجه ليلاً ونهاراً فجعله مفقوداً إذا خرج ليلاً دون النهار.

ووجه هذا القول قول الله تعالى ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] وفي حبسها عليه في هذه الحال إضرار وعدوان.

وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن امرأة أتت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقالت إن زوجي خرج إلى مسجد أهله وفقد فأمرها أن تتربص أربع سنين فتربصت

ثم عادت فقال لها اعتدي أربعة أشهر وعشراً، ففعلت ثم عادت فقالت: قد حللت للأزواج فتزوجت فعاد زوجها فأتى عمر فقال زوجت امرأتي، فقال وما ذاك فقال: غبت أربع سنين فزوجتها، فقال: يغيب أحدكم أربع سنين في غير غزاة ولا تجارة ثم يأتيني فيقول زوجت امرأتي، فقال: خرجت إلى مسجد أهلي فاستلبتني الجن فكنت معهم فغزاهم جن من المسلمين فوجدوني معهم في الأسر، فقالوا ما دينك قلت الإسلام فخيروني بين أن أكون معهم، وبين الرجوع إلى أهلي فاخترت الرجوع إلى أهلي فسلموني إلى قوم فكنت أسمع بالليل كلام الرجال وأرى بالنهار مثل الغبار فأسير في أثره حتى هبطت عندكم فخيره عمر بين أن يأخذ زوجته وبين أن يأخذ مهرها.

وروى عاصم الأحول عن عثمان قال: أتت امرأة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقالت استهوت الجن زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر ولي الذي استهوته الجن أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، وهذه قضية انتشرت في الصحابة، وحكم بها عن رأي الجماعة فكانت حجة، ولأن الفسخ لما استحق بالعنّة وهو فقد الاستمتاع مع القدرة على النفقة، واستحق بالإعسار وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع، فلأن تستحق بغيبة المفقود، وهو جامع بين فقد الاستمتاع وفقد النفقة، أولى.

والقول الثاني: أنها باقية على الزوجة محبوسة على قدوم الزوج، وإن طالت غيبته ما لم يأتها يقين موته وهو قوله في الجديد.

وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب ومن الفقهاء: أبو حنيفة والعراقيون.

ووجه ما رواه سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر ذكره الدارقطني في سننه.

وروى ابن عباس مثل ذلك، وهو نص إن ثبت، ولأن من جهل موته لم يحكم بوفاته كمن غاب أقل من أربع سنين، ولأنه لما جرى عليه حكم الوفاة في ماله مع الجهل بحياته جرى عليه حكم الحياة في زوجاته كما يجري عليه حكم الحياة في أمهات أولاده، ولأنه لو غابت الزوجة حتى خفي خبرها لم يجزها أن يحكم بموتها في إباحة أختها لزوجها، ونكاح أربع سواها كذلك غيبة الزوج، ولأنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقه، وظهاره جرى عليها حكم الزوجية في تحريمها على غيره، فأما حديث عمر فقد روي أنه رجع عن قضيته حين رجع الزوج، وكذلك ابن عباس وعثمان فصار إجماعاً بعد خلاف، والاعتبار بالعنّة والإعسار مع فساده بغيبه المعروف حياته، فالمعنى في العنّة: نقص الخلقة، وفي الإعسار وما ألزمه، وهما مفقودان في المفقود بسلامة خلقته وصحة ذمته.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين تفرع الحكم عليهما، فإذا قبل بالأول منهما أنها تتربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة فإنما تقدرت مدة التربص بأربع سنين؛ لأنها مدة أكثر العمل الذي يتحقق فيه براءة الرحم ثم ألزمت عدة الوفاة لأمرين:

أحدهما: أن الأغلب من حال المفقود موته فلم يحتج إلى طلاق، فإن قيل فقد أمر عمر ولي المفقود أن يطلق قبل لجواز أن يكون فعل ذلك استظهاراً، لأن المحكوم بموته لا تقف فرقة زوجته على طلاق غيره.

والثاني: أن ما سوى عدة الوفاة استبراء، لأنها لا تجب على غير مدخول بها، وقد استبرأت هذه نفسها بأربع سنين فلم تحتج إلى الاستبراء، وألزمت عدة الوفاة إحداداً. وإذا كان كذلك فأول مدة التربص من وقت حكم الحاكم لها بالتربص.

وبه قال الأوزاعي:

وقال أحمد بن حنبل: أولها من وقت الغيبة، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أمرها بالتربص من وقت قضائه والعمل فيها على قوله.

والثاني: أنها مدة تقدرت باجتهاد فاقتضى أن تتقدر بالحكم كأجل العنّة، وخالفت مدة الإيلاء المقدرة بالنصّ، فإذا انقضت المدة بعد حكم الحاكم بها وتقدرها، فهل يكون ذلك حكماً بوفاته أم يحتاج إلى استئناف حكم؟ على وجهين محتملين:

أحدهما: أن ما تقدم من الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضاء تلك المدة لأنه مقصود التقدير، فعلى هذا إذا انقضت تلك المدة لم يلزمها معاودة الحاكم وصارت داخلة في العدة بعد انقضائها، فإذا اقتضت عدتها حلت.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه لا يكون الحكم بتقدير المدة حكماً بالموت بعد انقضائها حتى يحكم لها الحاكم بموته؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه استأنف حكمها بعد انقضاء المدة؛ ولأن الحكم بأجل العنّة لا يكون حكماً بالفرقة حتى يحكم بها الحاكم كذلك الحكم بأجل الغيبة، فعلى هذا لا تدخل في العدة بعد انقضاء المدة إلا بأن يحكم لها الحاكم بموته فتقع الفرقة لما حكم به من الموت ثم تدخل بعد حكمه في العدة وتحل حينئذ بانقضاء العدة، فإذا حكم بالفرقة على ما وصفنا فقد اختلف أصحابنا في وقوعها ظاهراً وباطناً على وجهين:

أحدهما: أنها تقع ظاهراً وباطناً حتى إن قـدم الزوج حياً لم يبطل به النكاح.

والثاني: لأن للحاكم مدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين.

والوجه الثاني: أنها تقع في الظاهر دون الباطن فإن قدم الزوج حياً بطل نكاح الثاني، لأن حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه، وفعل عمر رضي الله تعالى عنه حين خبر الأول يدل على احتمال الوجهين، فهذا حكم القول الأول، وإذا قيل بالقول الثاني إنها باقية على الزوجية ومحبوسة على نكاحه حتى يعرف يقين موته، وهو الصحيح الذي يعمل عليه فإن نكحت قبل مدة التربص أو بعدها كان نكاحها باطلاً، وعلى هذا لو حكم لها الحاكم بالمدة قضى بعد انقضائها بالفرقة ففي نقض حكمه وجهان:

أحدهما: لا ينقض لنفوذه عن اجتهاد مسوغ وخلاف منتشر.

والوجه الثاني: أن حكمه ينقض وقضاؤه يرد، لأن المروي من رجوع عمر رضي الله تعالى عنه قد رفع الخلاف وعقد الإجماع، ولأن القياس فيهما قوي لا يحتمل خلافه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ طَلَّقَهَا وَهُوَ خَفِيّ الغَيْبَةِ أَوْ آلَى مِنْهَا أَوْ تَظَاهَرَ أَوْ قَذَفَهَا لَزِمَهُ مَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ الحَاضِرَ».

* قال الماوردي: وجملته أنه لا يخلو ما فعله الزوج في غيبته التي خفي فيها خبره من طلاق، وظهار، وإيلاء وقذف من أحد أمرين:

إما أن يكون قبل تفريق الحاكم بينه وبين زوجته أو بعده فإن كان ذلك قبله فكل ذلك نافذ يلزمه الطلاق، والظهار، وتجب فيه الكفارة بالعود ويؤخذ بحكم الإيلاء ووقف المدة ويلزمه القذف وله نفيه باللعان ويكون فعله لذلك في غيبته كفعله في حضوره، وإن كان ذلك منه بعد تفريق الحاكم بينه وبين زوجته بعد أربع سنين وأربعة أشهر وعشر فهو مبني على ما ذكرناه من القولين، فإن قيل بقوله في الجديد إنها موقوفة على الزوج أبداً حتى يتبين يقين موته فحكم الحاكم بالفرقة قد بطل، لأنه قد كان تيقن حياته فصار كحكمه مجتهداً إذا خالف فيه نصاً، ولا يكون على ما ذكرنا من الوجهين في نقض حكمه، لأن الوجهين في نقضه مع بقاء الإشكال لا مع ارتفاعه، فعلى هذا يؤخذ بحكم طلاقه، وظهاره، وإيلائه وقذفه.

وإن قيل: بقوله في القديم إن الفرقة واقعة بحكم الحاكم كان على وجهين من اختلاف الوجهين في نفوذ حكمه ظاهراً وباطناً.

فإن قيل إن حكمه قد نفذ في الظاهر دون الباطن كان حكمه إذا بانت حياة الزوج باطناً والزوج مأخوذ بحكم طلاقه وظهاره وإيلائه ولعانه وقذفه، وإن قيل إن حكمه قد

نفذ في الظاهر والباطن صح حكمه مع حياة الزوج وموته ولم يقع طلاقه ولا ظهاره، ولا إيلائه ويحد من قذفه ولا يلتعن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اعْتَدَّتْ بِأَمْرِ حَاكِمٍ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً أَوْ نَكَحَتْ وَدَخَلَ بِهَا الزَّوجُ كَانَ حَكْمُ الزَّوْجِيَّةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا الأَوَّلِ بِحَالِهِ غَيْرَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ فَرجِهَا بِوَطْءِ شُبْهَةٍ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن زوجة المفقود إذا تزوجت بعد أن حكم لها الحاكم بفسخ نكاح الأول ثم قدم الأول حياً أن المذاهب فيه مختلفة.

فمذهب مالك وأحمد رحمهما الله أن الأول يكون بالخيار بين أن ينزعها من الثاني وبين أن يقرها عليه، ويأخذ منه مهر مثلها، لأن عمر رضي الله تعالى عنه خير المفقود حين قدم بين زوجته أو مهر مثلها، وهذا التخيير فاسد، لأنها لا يخلو أن تكون زوجة للأول فلا يجوز أن تقر مع الثاني، أو تكون زوجة للثاني فلا يجوز أن ينتزعها الأول، وإذا بطل التخيير من هذا الوجه كان النكاح محمولاً على صحة نكاح الثاني وفساده، فعلى قول الشافعي في الجديد نكاح الثاني وهي زوجة للأول ثم ينظر في الثاني، فإن لم يكن دخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه، وحلت للأول من وقتها وإن دخل بها الثاني فرق بينهما وكان وطء شبهة يوجب لها مهر المثل دون المسمىٰ، وعليها العدة وهي محرمة على الأول ما لم تنقض عدتها، فإذا انقضت حلت له فأما على قوله في القديم إذا قدم الأول حياً فقد اختلف أصحابنا في نكاح الأول بعد حكم الحاكم بفسخه على أربعة أوجه:

أحدها: وهو قول جمهور أصحابنا أنه محمول على معنى حكم الحاكم هل نفذ في الظاهر دون الباطن أو نفذ في الظاهر والباطن معاً فإن قيل بنفوذه في الظاهر والباطن معاً فقد بطل نكاح الأول سواء كان حياً أو ميتاً، ويكون نكاح الثاني صحيحاً.

وإن قيل: بنفوذه في الظاهر دون الباطن فنكاح الأول ثابت سواء نكحت بعده أو لم تنكح لزوال الظاهر مع وجود الحياة، ويكون نكاح الثاني باطلاً.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي علي بن أبي هريرة أن نكاح الأول ثابت في الحالين لأن علة الفسخ تغليب حكم الموت، وقد بطلت مع وجود الحياة سواء تزوجت أو لم تتزوج.

والوجه الثالث: أن نكاح الأول باطل في الحالين، لأن علة الفسخ انقطاع خبره، وعدم العلم بأثره، وهذه العلة موجودة، وإن بان حياً من بعد سواء تزوجت أو لم

تتزوج فإن تزوجت كان نكاح الثاني صحيحا سواء بانت حياة الأول أو موته.

والوجه الرابع: حكاه الداركي عن أبي إسحاق المروزي أن نكاح الأول ثابت إن لم تتزوج بغيره وباطل إن تزوجت بغيره، لأن مقصود الحكم بفسخ نكاحه لتتزوج بغيره فإذا وجد المقصود استقر الحكم، وإذا لم يوجد لم يستقر كالمتيمم مقصوده فعل الصلاة فإذا وجد الماء بعد دخوله فيها استقر حكمه، وإذا وجد قبل الدخول فيها بطل، فإذا تقرر ما ذكرنا من هذه الوجوه الأربعة نخرج منها في نكاح الأول وجهان:

أحدهما: باطل على تفصيل الوجوه المذكورة، فعلى هذا يكون نكاح الثاني صحيحاً وعليه المهر المسمى للزوجة ولا شيء عليه للأول، وحكى الكرابيسي أن عليه للأول مهر مثلها، وأنكره سائر أصحابنا عليه.

والوجه الثاني: أن نكاح الأول ثابت على تفصيل الوجوه المذكورة، فعلى هذا يكون نكاح الثاني باطلاً وفي زمان بطلانه وجهان:

أحدهما: أنه وقع باطلاً حين العقد، فعلى هذا يكون عليه إن دخل بها مهر المثل دون المسمى، لأن النكاح لا ينعقد موقوفاً ولا شيء عليه إن لم يدخل بها.

والوجه الثاني: أن نكاح الثاني صحيح وقت العقد، وباطل عند العلم بحياة الأول كالغاصب إذا غرم قيمة العبد بعد إباقه، أو الجاني إذا غرم دية العين بعد بياضها ثم وجد العبد، وبرأت العين ردت القيمة بعد صحة ملكها كذلك النكاح فعلى هذا يلزمه المهر المسمى بعد الدخول ونصفه قبل الدخول، وهذا الاختلاف كله إنما هو على قوله في القديم، فأما على الجديد فلا يختلف أن نكاح الأول ثابت، ونكاح الثاني باطل من أصله.

فصل: فأما إذا نكحت زوجة المفقود ثم بان أن زوجها كان ميتاً قبل نكاحها فعلى قوله في القديم نكاحها جائز، وعلى قوله في الجديد فيه وجهان:

أحدهما: باطل اعتباراً بحظره وقت العقد.

والثاني: صحيح اعتباراً بظهور الإباحة من بعد، وهذان الوجهان كاختلاف الوجهين فيمن باع دار أبيه يظنه حياً فبان ميتاً، وكاختلاف الوجهين في الوكيل إذا باع بعد عزله وهو لا يعلم بالعزل، وعلى هذين الوجهين يكون نكاح من تزوج امرأة يعتقد أنها أخته فكانت أجنبية أو يعتق أمة أبيه ثم تبين أنه وارثها، وقد حكى أن الشافعي كان راكباً فزحمَ امرأة فقال لها تأخري عن الطريق يا حرة ثم عرف أنها جارية فلم يتملكها بعد ذلك فاحتمل ذلك منه أن يكون قد عتقت عنده، واحتمل أن يكون قد أعتقها تبرعاً وتورعاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ نَفَقَةَ لَهَا مِنْ حِينَ نَكَحَتْ وَلاَ فِي حِينِ عَدَّتِهَا مِنَ الوَطْءِ الفَاسِدِ لأَنَّهَا مُخْرِجَةٌ نَفْسَهَا مِنْ يَدَيْهِ وَغَيْرَ وَاقِفَةٍ عَلَيْهِ وَمُحْرَمَةٌ عَلَيْهِ بِالمَعْنَى الَّذِي دَخَلَتْ فِيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح زوجة المفقود لها النفقة وإن لم يستمتع بها، لأن المنع منه لا منها فإن رفعت أمرها إلى حاكم لم ير الفرقة ولا ضرب المدة كانت على حقها من النفقة وإن رأى وحكم لها أن تتربص بنفسها أربع سنين فلها النفقة في مدة التربص لأنها محبوسة فيها عليه فإذا انقضت به التربص ودَخَلت في الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً، فعلى قوله في القديم لا نفقة لها لنفوذ الحكم بالفرقة لكن في استحقاقها للسكنى في مدة العدة قولان؛ لأنها في عدة وفاة، وعلى قوله في الجديد لها النفقة ما لم تتزوج؛ لأن الفرقة لم تقع، والحكم بها لم ينفذ، واعتقادها للتحريم لا يسقط نفقتها ما كانت على الحال التي فارقها الزوج، فإن تزوجت سقطت حينئذ نفقتها بالتزويج سواء قيل: إن نكاح الثاني صحيح أو باطل، لأنها صارت بالنكاح ناشزاً، فإن فارقها الثاني وجبت عليها العدة من إصابته فإن حضر الأول وأقرت على نكاحه لم يجز أن يدخل بها ما كانت في عدتها من الثاني لتحريمها عليه ولا نفقة لها عليه حتى تنقضي عدتها، فإذا قضتها وسلمت نفسها وجبت عليه حينئذ نفقتها ولو كان الزوج الأول حين فارقها الثاني غائباً، وقضت عدتها وعادت إلى مسكن الأول مسلمة نفسها، فهل تجب عليه نفقتها قبل أن يعود فيتسلمها ظاهر ما رواه المزني هاهنا يقتضي وجوب نفقتها، لأنه قال لا نفقة لها من حين نكحت ولا في حين عدتها فدل مجرى كلامه على أن لها النفقة بعد عدتها.

وروى الربيع أنه لا نفقة لها في العدة ولا بعدها، فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: أن خرجوا وجوب النفقة على قولين لاختلاف الروايتين:

أحد القولين: لها النفقة وهو الظاهر من رواية المزني؛ لأنها قد عادت إلى يده بمعناها الأول من الإباحة.

والقول الثاني: لا نفقة لها حتى يعود الأول فيتسلمها على ما رواه الربيع لأن تسليم نفسها إنما يصح مع وجود من يتسلمها ألا تراه لو نكحها ثم سافر قبل أن تسلم نفسها ثم سلمت نفسها في غيبته لم يكن ذلك تسليماً تستحق به النفقة كذلك هذه، ولأنها بنكاح الثاني متعدية في حق الأول فصارت كالمتعدي في الوديعة لا يسقط التعدي بالكف عنها إلا بعد تسليمها إلى مالكها كذلك هذه فهذا أحد وجهي أصحابنا.

والوجه الثاني: أنه ليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما هو على اختلاف حالين، واختلف من قال باختلافهما على وجهين:

أحدهما: أن وجوب النفقة لها إذا كانت هي الزوجة لنفسها دون الحاكم فلو زوجها الحاكم فلا نفقة لها حَتَّى يتسلمها الأول؛ لأن حكم الحاكم رافع ليد الأول.

والوجه الثاني: أن وجوب النفقة لها إذا أعادها الحاكم إلى نكاح الأول، فإن عادت هي فلا نفقة لها لأن حكم الحاكم مثبت ليدالأول.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أُلْزِمْ الوَاطِىءَ بِنَفَقَتِهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الزَّوْجَيْنِ إِلاَّ لَحُوقَ الوَلَدِ فَإِنَّهُ فِرَاشٌ بِالشُّبْهَةِ».

قال الماوردي: أما نفقتها على الزوج الثاني فمعتبرة بحكم نكاحه.

فإن قيل بقوله في القديم: إن نكاحه صحيح فعليه النفقة من حين العقد وإلى حين الفرقة ولا نفقة لها في العدة، لأنه لا يملك فيها الرجعة، ولها السكنى كالمبتوتة.

وإن قيل بقوله في الجديد إن نكاحه باطل فلا نفقة عليه بعد نكاحه ولا في حال دخوله، لأن نفقة الزوجية تستحق في مقابلة التمكين المستحق، وفساد النكاح يمنح من استحقاق التمكين فمنع من استحقاق النفقة.

فإن قيل: فهلا كان كالمتصرف عن إجارة فاسدة يلزمه أجرة المثل مع فساد عقده.

قيل: لأن منافع الإجارة في يده تضمنها باليد ومنافع الاستمتاع في يدها فلم يضمنها إلا بالاستهلاك والاستهلاك هو الوطء فالوطء موجب لغرم المهر دون النفقة، وقد وجب المهر وإن لم تجب النفقة فكان بينهما شبه به من وجه، وفرق من آخر، فإن فارقها الثاني فلا نفقة عليه في عدته ولا سكنى لأنه لما لم يجب قبل التفرقة فأولى أن لا يجب بعدها إلا أن تكون حاملاً، ففي وجوب نفقتها مدة حملها قولان:

أحدهما: لها النفقة إذا قيل: إنها للحمل.

والقول الثاني: لا نفقة لها إذا قيل: إن النفقة لكونها ذات حمل، فإن عادت إلى الأول بعد وضعها، ففي وجوب نفقتها عليه مدة نفاسها وجهان مضيا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَضَعَتْ فَلِزَوْجِهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ رَضَاعِ وَلَدِهَا إِلاَّ اللِّبَأَ وَمَا إِنْ تَرَكَتْهُ لَمْ يَغْتَذَّ غَيْرُهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا عاد الزوج المفقود وزوجته حامل من نكاح

غيره كان الحمل لاحقاً بالثاني دون الأول، لأنها تربصت للأول بمدة أكثر الحمل، وهي أربع سنين فلم يجز أن يكون الولد منه وألحق بالثاني؛ لأنها قد صارت بوطء نكاح أو شبهة فراش له وهي ممنوعة من الأول حتى تضع لبقاء عدتها من الثاني، فإذا وضعت عادت إلى إباحة الأول، وإن حرم عليه وطئها في مدة النفاس كما يحرم عليه في نفاسها منه، فأما رضاع الولد فعليه أن يمكنها من رضاع اللبأ وما لا يغذوه غيره ولا يوجد من غيرها فإذا استغنى عن اللبأ نظر، فإن لم يوجد له مرضعة غيرها وجب عليه تمكينها من رضاعه استيفاءً لحياته، وإن كان فيه استهلاك لحقه من الاستمتاع كما يلزمه في الضرورة أن يحيي بماله نفس غيره، وإن وجد له مرضعة غيرها كان له أن يمنعها من رضاعه؛ لأنها في هذه الحال متطوعة لا تجبر على رضاعه إذا امتنعت وفي الحال الأولى معترضة تجبر على رضاعه لو امتنعت فلم يكن لها مع التطوع برضاعة أن تسقط به حق استمتاعه كما لا يسقط برضاع غيره، ولا يدل منعه لها من الرضاع على أنه يستحق عليها الرضاع كما يمنعها من خدمة غيره، ولا يستحق عليها خدمة نفسه ألا ترى أن من استأجر خياطاً كان له أن يمنعه من البناء ولا يستحق عليه البناء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَنْفِقُ عَلَيْهَا فِي رِضَاعِهَا وَلَدٌ غَيْرَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أرضعت ولدالثاني بعد عودها إلى الأول لم يخل حالها من أن ترضعه في بيت الأول أو في غير بيته، فإن أرضعته في بيت الأول وجبت نفقتها عليه سواء أرضعته بإذنه أو بغير إذنه لكن إن كان بأذنه لم تعصه، وإن كان بغير إذنه عصته إلا أن يكون رضاعه واجباً عليها فلا تكون به عاصية، وإن أرضعته في غير بيت الأول نظر فإن كان بغير إذنه فلا نفقة لها وقد عصته وإن كان بإذنه لم تعصه، وفي استحقاقها للنفقة وجهان:

أحدهما: لها النفقة لوجود الإذن.

والثاني: لا نفقة لها لتفويت الاستمتاع، وذلك كالمسافرة إن كانت مع زوجها وجبت عليه نفقتها، وإن انفردت عنه بالسفر، وكان بغير إذنه فلا نفقة لها، وإن كان بإذنه ففي وجوب نفقتها وجهان:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَاهُ الأَوَّلُ أَرَيْتُهُ القَافَةَ».

قال الماوردي: إذا أتت بولد زوجة المفقود بعد التربص بنفسها أربع سنين لم يخل حالها من أن تكون قد تزوجت بغيره أو لم تتزوج، فإن لم تكن تزوجت بغيره، ففي لحوق ولدها به وجهان:

أحدهما: يلحق به لأنها إذا لم تصر فراشاً لغيره كانت باقية على حكم فراشه.

والوجه الثاني: لا يلحق به، لأن المفقود من عدمت أخباره، وانقطعت آثاره، وقد مضى من مدة التربص ما يمنع من بقاء مائه معها فامتنع أن يكون ولدها منه، وإن تزوجت غيره وولدت بعد ستة أشهر من دخول الثاني فهو لاحق بالثاني دون الأول ما لم يدعه الأول.

وقال أبو حنيفة: يكون لاحقاً بالأول دون الثاني وإن لم يدعه، وكذلك كل من تلده بعد ذلك من الثاني يكون لاحقاً بالأول دون الثاني، وبنى ذلك على أصله في المشرقي إذا تزوج بمغربية، وقد مضى الكلام معه فيه، فإن ادَّعاه الأول قال الشافعي رحمه الله: «أريته القافة» فاختلف أصحابنا في ادعائه له على وجهين:

أحدهما: أن يقول في الدعوى إني رجعت سراً فأصبتها، ويكون ما ادَّعاه ممكناً فيجوز حينئذ أن يكون منه، ويجوز أن يكون من الثاني فيرى القافة حتى يلحقوه بأشبههما به، فإن لم يذكر هذا في دعواه فَلا حَقَّ له في الولد ويكون من الثاني، وهذا على الوجه الذي لا يلحق به الولد إذا لم تتزوج.

والوجه الثاني: أنه إذا ادعاه دعوى مجردة قبلنا دعواه، وجعلنا له في الولد حقاً فيرى القافة فيلحقوه بأحدهما، ولو لم يدعه لجعلناه للثاني تغليباً للظاهر وهذا على الوجه الذي يلحق به الولد إذا لم تتزوج.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجُ الأَوَّلُ وَالآخَرُ وَلاَ يعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلاً بَدَأَتْ فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً، لأَنَّهُ النِّكَاحُ الصَّحِيحُ الأَوَّلُ ثُمَّ اعْتَدَّتْ بِثَلاَثَةِ قُرُوءٍ.».

قال الماوردي: وصورتها أن تتزوج امرأة المفقود بالحكم بعد مدة التربص ثم يموت الزوجان أو أحدهما فالكلام متوجه إلى بيان حكمي العدة، والميراث، فذلك مبني على عقد الثاني: هل هو صحيح أو فاسد، فإن قيل بصحته، وإن نكاح الأول قد انفسخ بالحكم على قوله في القديم نظر في الميت منهما، فإن كان هو الأول فلا ميراث لها منه ولا عدة عليها له وإن كان الميت هو الثاني فلها ميراثه، وعليها أن تعتد منه عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر، فإن لم يعلم أيهما هو الميت فلا عدة عليها ولا ميراث لها؛ لأن الزوج منهما هو الثاني وهي شاكة في موته فكانت باقية على نكاحه حتى يتيقن موته فتعتد منه وترثه.

وإن قيل: بفساد نكاح الثاني وبقائها على نكاح الأول لم يخل حال من مات منهما من أربعة أقسام: إما الأول أو الثاني أو أحدهما لا بعينه أو هما جميعاً معاً.

فأما القسم الأول وهو أن يموت الأول دون الثاني فهو الزوج المورروث، فعليها أن تعتد منه عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، ولا يكون أولها وقت الموت؛ لأنها قد صارت فراشاً للثاني بخلاف ما لو كانت باقية على فراش الأول، فإذا فرق بينها وبين الثاني بدأت بعدة الأول واستحقت ميراثه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يموت الثاني دون الأول فلا ميراث لها منه، لأنه ليس بزوج يورث وعليها أن تعتد من موته بالأقراء دون الشهور، لأنها عدة استبراء لا عدة زوجية فتعتد بثلاثة أقراء من وقت موته بخلاف موت الأول.

والفرق بينهما: أنها فراش للأول بالعقد وفراش للثاني بالوطء فراعينا في عدة الأول أن تبتدئها بعد رفع فراش الأول؛ لأنه ثابت مستحق.

وأما القسم الثالث: وهو أن يموت أحدهما ولا يعلم الميت منهما فعليها أن تعتد أكثر الأجلين من أربعة أشهر وعشراً، أو ثلاثة أقراء، فإن كان الأول هو الميت فقد انقضت عدته بأربعة أشهر وعشراً، وإن كان الثاني هو الميت فقد انقضت عدته بثلاثة أقراء.

وأما القسم الرابع: وهو أن يموتا معاً فلا يخلو حال موتهما من أربعة أقسام: إما أن يتقدم موت الأول، وإما أن يتقدم موت الثاني، وإما أن يموتا في حال واحدة، وأما أن يجهل المتقدم منهما.

فأما القسم الأول، وهو أن يتقدم موت الأول ثم يموت الثاني بعده فتبدأ بعدة الأول من بعد موت الثاني بأربعة أشهر وعشر ثم تعتد للثاني بعد انقضاء عدة الأول بثلاثة أقراء ولها ميراث الأول دون الثاني.

وأما القسم الثاني وهو أن يتقدم موت الثاني ثم يموت الأول بعده فأول عدتها من الثاني من وقت موته ثم يراعى موت الأول، فإنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت بعد قضاء عدة الثاني فقد وفت عدة الثاني، وعليها أن تستأنف عدة الأول من وقت موته بأربعة أشهر وعشر.

والحال الثانية: أن يموت الأول في تضاعيف عدة الثاني، كأنه مات بعد قرء واحد من عدته فتقطع وفاة الأول عدة الثاني لصحة عقده وقوة حقه وتعتد منه بأربعة أشهر وعشر، فإذا استكملتها عادت فتمت عدة الثاني، وبنت على ما مضى منها وهو قرء واحد فتأتي بقرأين، وقد حلت من العدتين، وهكذا لو وطئت زوجة رجل بشبهة فشرعت في الاعتداد من وطئه ثم طلقها الزوج في تضاعيف عدتها أو مات عنها انقطعت عدة الوطء، ولزمها أن تعتد للزوج من طلاقه أو موته، فإذا أكملت عدته

عادت فتمت عدة الواطىء بشبهة لقوة حق الزوج على حقه بصحة عقده.

والحال الثالثة: أن يجهل ما بين موتهما فيلزمها أن تعمل على أغلظ الأمرين، وهو أن تبتدىء بعدة أقرب الموتين بعدة الوفاة عن الأول أربعة أشهر وعشراً ثم تعتد بعدها عن الثاني بثلاثة أقراء.

وأما القسم الثالث: وهو أن يموتا في حال واحدة فقد اجتمع عليها عدتان لا يتداخلان فتقدم عدة الأول لصحة عقده وقوة حقه فتعتد منه أربعة أشهر وعشراً، ثم تعتد بعد انقضائها عن الثاني بثلاثة أقراء، فلو لم يعلم بموتهما حتى مضت عليها العدتان حلت، لأن العدة مضى زمان لا يعتبر فيه النية ثم قد مضى الزمان فوجب أن يقع به الاعتداد.

وأما القسم الرابع: وهو أن لا يعلم أيهما تقدم موته فلا يجوز أن يقع الاعتداد بما بين الموتين، وإن كان معلوم القدر، لأنه قد يجوز أن يتقدم موت الثاني فتعتد به من أقرائه، ويجوز أن يتقدم موت الأول فلا تعتد به من شهوره فلم يجز مع الإشكال أن تعتد به في حق واحد منهما، فأما ما بعد الموتين فلا يخلو أن يكون معلوماً أو غير معلوم، فإن كان معلوماً كان محسوباً من شهور الأول، ولا يحتسب من أقراء الثاني لأن عدة الأول مقدمة على عدة الثاني، فإذا استكملت أربعة أشهر وعشراً استأنفت للثاني ثلاثة أقراء، وإن كان ما بعد الموتين مجهولاً استظهرت فيه بأقرب عهده وأقربه عهداً مسافة فإن كان الموت على مسافة شهر احتسب بشهر من عدة الأول، وبنت، وإن كان حتى تستيقن بعد الموتين على مسافة عشرة أيام احتسبت بها ثم بنت استكمال أربعة أشهر وعشر وثلاثة أقراء، فأما إن كانت عند موتهما حاملاً فحبلها لاحق بالثاني دون الأول فتنقضي به عدة الثاني، وإن تأخر موته، لأن الحمل لا يعتد بوضعه إلا ممن هو لاحق به ثم عليها أن تعتد بعد الوضع بأربعة أشهر وعشر عن الأول، وهل تحتسب بمدة النفاس فيها أم لا: على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا تحتسب مدة نفاسها في عدة الأول، لأن النِّفاس من توابع العدة الفاسدة فكان في حكمها.

والوجه الثاني: وهو قول الجمهور، والظاهر من كلام الشافعي أنها تحتسب مدة النفاس من عدة الأول، لأنها بالولادة خارجة عن عدة الثاني، وتحمل للأزواج لو حلت من عدة أخرى.

فصل: فأما إذا ماتت الزوجة عند الثاني فميراثها لمن صح نكاحه منها.

فإن قيل بصحة نكاح الثاني على قوله في القديم كان ميراثها للثاني دون الأول، وإن قيل ببقاء النكاح للأول وفساد نكاح الثاني كان ميراثها للأول دون الثاني، وقد ذكر الشافعي ذلك في كتاب «الأم» ثم قال: ولم يكن له أن يأخذ مهرها، ونقل المزني ذلك في جامعه الكبير وتكلم عليه، وقال: هذا غلط ينبغي أن يأخذ المهر، لأنها ملكته فصار كسائر أملاكها، وهذا الذي توهمه المزني ليس بصحيح بل مهرها على الثاني ملك لها ومن جماعة تركتها ويرث الأول منه قدر حقه، واختلف أصحابنا فيما عناه الشافعي بقوله: «ولم يكن له أن يأخذ مهرها» على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج - **أنه عنى** بهذا التخيير الذي يذهب إليه مالك، وأحمد، أن يكون مخيراً بين إقرارها على الثَّاني وأخذ مهرها منه.

والوجه الثاني: أنه أراد مهر الاستمتاع، لأنه لها دون الزوج بخلاف ما حكاه الكرابيسي فيكون له بعد الموت قدر ميراثه منه، ولا يكون له جميعه والله أعلم.

بَابُ اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الوَلَدِ مِنْ كِتَابَيْنِ امْرَأَةِ المَفْقُودِ وَعِدَّتِهَا إِذَا نَكَحَتْ غَيْرَهُ وَغَيْرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ فِي أُمِّ الوَلَدِ يُتَوَفَّى عَنْهَا سَيِّدُهَا تَعْتَدُّ بِحَيْضَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا مات السيد عن أم ولده لزمها أن تستبرىء نفسها بقَـرءٍ واحد، وكذلك المدبرة، والأمة المشتراة والحُرّة المسترقة بالسَّبي فيلزم هؤلاء الأربع أن يستبرئن أنفسهن بقرء واحد، ووافق أبو حنيفة على الأمة والمسبية أنهما يستبرئا نفسهما بقرء واحد، وخالف في المدبرة فقال: لا استبراء عليها، وخالف في أم الولد فقال: تستبرىء نفسها بثلاثة أقراء، وكذلك لو أعتقها سيدها.

وقال عمرو بن العاص: أم الولد إذا مات عنها سيدها تعتد أربعة أشهر وعشراً كالحرة.

فأما أبو حنيفة فاستدل على أن عدة أم الولد ثلاثة أقراء، وهو قول علي، وابن مسعود بما روي أن مارية اعتدت لوفاة رسول الله ﷺ بثلاثة أقراء، وهي لا تفعل ذلك إلا عن توقيف؛ لأنها ليست من أهل الاجتهاد، قال ولأنها عدة وجبت في حال الحرية فوجب أن تكون كاملة كعدة الحرة المطلقة.

قال ولأن العدة معتبرة بأحد طرفيها وأم الولد في طرفي عدتها حرة فوجب أن يكون عدتها عدة حرة.

والدليل على أنها تعتد بقـرءٍ واحد، وهو قول عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وعبادة بن الصامت رضوان الله عليهم قول الله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فجعل الأقراء الثلاثة عدة من يلحقها الطلاق، وذلك مختص بالزوجات دون أمهات الأولاد، ولأنه استبراء عن ملك فوجب أن تقتصر فيه على قَـرء كالأمة المشتراة، ولأن ذوات الأعداد من العدد لا يجب استيفاء عددها على أم الولد كعدة الوفاة، ولأنها عدة وجبت عن انتقال رق وحرية فوجب أن لا تكون كاملة كالمسبية، لأن المسبية كانت حرة فرقت كالسبي، وهذه كانت أمة فعتقت بالموت والجميع انتقال عتق وحرية، ولأن أم الولد لما انتفى عنها أحكام

النكاح من الطلاق، والظهار، والإيلاء انتفى عنها عدة النكاح؛ ولأنها لا تخلو في استبرائها من أن تكون معتبرة بالحرائر، أو بالإماء فلما لم يلزمها عدة الوفاة بطل اعتبارها بالحرائر، وثبت اعتبارها بالإماء.

فأما الجواب عن اعتداد مارية رضي الله تعالى عنها بثلاثة أقراء فهو أن فعلها أضعف حكماً من قولها، وليس قولها حجة ففعلها أولى أن لا يكون حجة وعلى أن العدة تعتبر ممن تحل للأزواج ومارية محرمة بعد النبي ﷺ على جميع الأمة، فكان كل زمانها عدة فلم تعتد بثلاثة أقراء.

وأما قياسهم على الحرة فالمعنى فيها: أنها تعتد عدة الوفاة، وذلك غير معتبر في أم الولد فكذلك الأقراء الثلاثة.

وأما استدلالهم بكمال طرفيها فغير مسلم، لأن الطرف الأول حَالُ الاستمتاع بها في الرق، وهو طرف ناقص ونقصان أحد الطرفين موجب لنقصان العدة كالحرة إذا سبيت لما نقص طرفها الأدنى وإن كمل طرفها الأعلى اقتصرت على قـرءٍ واحد، وهَذَا استدلال وانفصال.

فصل: وأما عمرو بن العاص فَقَدْ روى رجاء بن حيوة عن قبيصة بن ذؤيب أن عمرو بن العاص، قال: لا تلبسوا علينا سنة نبينا ﷺ عدتها عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً يعني أم الولد فأضاف ذلك إلى سنة النبي ﷺ فصار كالرواية عنه نقلاً، وهذا أحد الروايتين عن علي بن أبي طالب عليه السلام.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿**وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً**﴾ [البقرة: ٢٣٢] فجعل عدة الوفاة مقصورة على الأزواج دون أمهات الأولاد، ولأنه استبراء عن ملك فوجب أن يكون بقـرءٍ كالأمة.

فأما الجواب عن الخبر فمن وجوه:

أحدها: ما حكاه الدارقطني أنه منقطع، لأن قبيصة لم يسمعه من عمرو.

والثاني: أن الرواية «لا تلبسوا علينا سنة نبينا» يعني بين الصحابة، وقد اختلفوا فيها.

والثالث: أنه محمول منه على سنّة النبي ﷺ في الاجتهاد المعمول عليه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ تَحِلُّ أُمُّ الوَلَدِ لِلأَزْوَاجِ حَتَّى تَرَى الطُّهْرَ مِنَ الحَيْضَةِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن استبراء أم الولد إذا مات سيدها أو أعتقها في حياته بقروء واحد كالأمة، وإذا كان كذلك فقد اختلف أصحابنا في هذا القَرءِ هل مقصوده الطهر، والحيض فيه تبع كالعدة أم مقصوده الحيض، والطهر فيه تبع بخلاف العدة على وجهين ذكرهما البغدادي.

ووجه ثالث ذكره البصريون فصار فيها ثلاثة أوجه، لأن كلام الشافعي فيها محتمل ولاحتماله خرّجه بعض أصحابنا أقاويل عنه، فأحد الوجوه: أن المقصود فيه الطهر، والحيض تبع كالعدة، فعلى هذا لها عند موت السيد أو عتقه حالتان، حائض أو طاهر، فإن كانت حائضاً لم تعتد ببقية الحيض، فإذا انقطع حيضها دَخَلت في قروئها فإذا استكملت طهرها ورأت دم الحيضة الثانية حَلَّت وإن كانت طَاهِراً، فقد اختلف أصحابنا في بقية هذا الطُّهْرِ على هذا الوجه هَلْ يكون قرءاً معتداً به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين إنه يكون قرءاً كما يكون في العدة قروءاً لكن تضم إليه حيضة كاملة ليعرف بها براءة الرحم ببقية الطهر، فإذا مضت بقية طهرها واستكملت الحيضة التي بعدها وانقطعت حلت.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين أنها لا تعتد ببقية، هذا الطهر قرءاً وإن كان في العدة قروءاً لأمرين:

أحدهما: أنه لو كان قرءاً لوقع الاقتصار عليه، ولم تضم إليه حيضة مستكملة، ولم يقل أحد ذلك فثبت أنه ليس بقرء.

والثاني: وهُو فرق وتوجيه: أنه يكون في العدة قروءاً لكونه تبعاً لأقراء كاملة فقوى حكمه بأتباعها، ولم يكن قرءاً في العدة لانفراده من غَيْره فضعف عن حكم الكمال، فعلى هذا لا تعتد ببقية هذا الطهر حتى ينقضي وتحيض ثم الطُّهر، فإذا استكملت هذا الطهر ورأت دم الحيضة الثانية حلت فهذا حكم الوجه الأول أن الطهر هو المقصود في هذا القروء كالعدة.

والوجه الثاني: أن المقصد في هذا القروء والحيض، والطهر فيه تبع بخلاف العدة.

والفرق بينهما أن في أقراء العدة حيضاً كاملاً فقوى طهرها في الاستبراء، فكان الطهر فيها مقصوداً وطهر الاستبراء يضعف بانفراده عن براءة الرحم فصار الحيض فيه مقصوداً لأن الطهر لا ينافي الحمل، وإنما ينافيه الحيض، فعلى هذا لها حالتان حائض أو طاهر، وإنكانت حائضاً لم تعتد ببقية هذا الحيض بوفاق البغداديين

والبصريين وإن خالف البغداديون في الاعتداد ببقية الطهر، وجعله البصريون حجة عليهم في بقية الطهر، وفرق البغداديون بينهما: بأن بقية الحيض يتعقبه طهر لا يدل على براءة الرحم فلم يعتد به، وبقية الطهر تتعقبه حيض يدل على براءة الرحم فاعتدت به وهذا، وهذا تزويق، وليس تحقيقاً ولو عكس لكان أشبه.

وقال مالك: إن مات سيدها في أول حيضها اعتدت بتلك الحيضة، وإن مات في آخرها لم تعتد به، وفرق بين أول الحيض وآخره بأن قوة أوله تمنع من علوق الولد فبرأ به الرحم وضعف آخره لا يمنع من علوق الولد، فلم يبرأ به الرحم وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لو برىء به الرحم في الاستبراء لبرىء به الرحم في العدة.

والثاني: أنه لو برىء الرحم بأوله لم يحتج إلى استكمال آخره.

فإذا ثبت، ما ذكرنا أنها لا تعتد بقية حيضها، فإذا طهُرَت منها، ودخلت في الحيضة الثانية دخلت في قرئهما فإذا استكملتها بانقطاع الدم ودخولها في الطهر الثاني حلت، وإن كانت عنه موت السيد طاهراً لم تعتد ببقية طهرها، فإذا رأت الدَّم دخلت في قرئها فإذا استكملت الحيضة، وطهرت حلت فهذا حكم الوجه الثاني: أن المقصود هو الحيض.

والوجه الثالث: وهو الذي تفرد به البصريون أن الطهر والحيض مقصودان معاً في قروء الاستبراء، وإن لم يقصدا معاً في أقراء العدة؛ لأنهما في أقراء العِدّة يجتمعان فجاز أن يكون أحدهما مقصوداً، وفي قروء الاستبراء لا يجتمعان إلا أن يقصدا فلذلك وجب أن يكونا فيه مقصودين، فعلى هذا لها عِنْدَ موت السّيد حالتان: حائض، أو طاهر، فإن كانت حائضاً، فإذا انقطع دمها ورأت الطُهر دخلت في قرئها، فإذا استكملت طهرها ثم حيضة كاملة بعده، ودخلت في الطهر الثاني حلت، وإن كانت طاهراً، فهل تعتد على هذا الوجه ببقية هذا الطهر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تعتد به كما لا تعتد به على قول البصريين إذا كان الطهر وحده مقصوداً فعلى هذا إذا رأت الدم بعد بقية هذا الطهر دخلت في قرئها، فإذا استكملت حيضتها ثم استكملت بعدها طهر كاملاً، ورأت دم الحيضة الثانية حلت.

والوجه الثاني: أنها تعتد ببقية هذا الطهر إذا كانا مقصودين، ولا تعتد به إذا كان أحدهما مقصوداً لقوته إذا قرن بغيره وضعفه إذا انفردت بذاته، فعلى هذا يدخل في قرئها في بقية طهرها، فإذا دخلت في الحيضة واستكملتها بانقطاع الدم، ودخول الطهر حلت ويصير استبراؤها بذلك موافقاً لأحكام الوجوه الثلاثة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلاَقِ إِمْلاَءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لاَ تَحِيضُ فَشَهْرٌ (قال) وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا أَوْ أَعْتَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ لَمْ تَعْتَدَّ بِتِلْكَ الحَيْضَةِ».

قال الماوردي: إذا كانت أم الولد مؤيسة استبرأت نفسها بالشهور وفيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد ـ أنها تستبرىء نفسها بشهر واحد، لأن عليها قرءاً واحداً، وقد جعل الله تعالى الأقراء الثلاثة في مقابلة ثلاثة أشهر فصار القرء الواحد مقابلاً لشهر واحد، فلذلك استبرأت نفسها في القَرْءِ الواحد بشهر واحد.

والقول الثاني: وهو قوله في القديم أنها تستبرىء نفسها بثلاثة أشهر كالحرة، لأنه أول الزمان الذي يبرأ فيه الرّحم، لقول النبي ﷺ أن ابْن آدم يمكث في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم أربعين يوماً علقة ثم أربعين يوماً مضغة»، فهو بعد انتقاله من العلقة إلى المضغة في الشهر الثالث تظهر أماراته في بطن أمه فيعرف به حال الحمل، وبفقد إماراته تعرف براءة الرحم فلم يتبعض هذا الزمان فيه، وجرى مجرى الحمل الذي لا يتبعض فاستوى فيه استبراء الأمة، وهذه الحرة كذلك الشهور.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَأَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، متفق عليه أن استبراء كل ذات حمل من حرة وأمة يكون بوضع الحمل لقول الله تعالى ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقال النبي ﷺ في سبي أوطاس: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض».

وروى أبي بن كعب عن النبي ﷺ أنه قال: «عدة كل ذات حمل أن تضع حملها» ولأن الحمل لا يتبعض فعم حكمه في الحرائر، والإماء كالقطع في السرقة فإذا وضعت حملها حلت للأزواج، وإن كانت في نفاسها لكن يمنع الزوج من وطئها في النفاس كما لو كان منه وصار استبراء أم الولد، والأمة المشتراة، والحرة المسبية بأحد ثلاثة أشياء: بالحمل إن كان وهماً وهو مما تساوى فيه الحرة والأمة وبالطهر والحيض إن فقد الحمل، وكانت من ذوات الأقراء، وهو مما خالف فيه الحرة، وبالشهور إن فقدت الأمران، واختلف قوله في مساواتهما فيه للحرة.

فصل: فأما المدبرة إذا مات عنها سيدها، فإن لم تكن فراشاً عتقت بموته، ولم يلزمها استبراء عنه، وحلت للأزواج من ساعتها، وإن كانت فراشاً له استبرأت نفسها بعد موته بقروء واحد كأم الولد، ولم تحل للأزواج إلا بعد الاستبراء.

فأما الأمة إذا مات عنها سيدها لم يلزمها عنه استبراء، سواء كان قد وطئها أم لا؟ لكن ليس لمن انتقلت إلى ملكه من وارث أو مشتر أن يطأها إلا بعد استبرائها كما يجوز للسيد أن يبيعها قبل استبرائها، وإن كان واطئاً لها، ولو أراد أن يزوجها لم يجز أن يزوجها إلا بعد استبرائها.

والفرق بينهما أنه يجوز شراء الأمة، وإن حرمت فجاز أن يكون استبرائها في ملك المشتري ولا يجوز نكاحها إذا حرمت فلم يجز أن يستبرئها في ملك الزوج فلذلك تقدم استبراء الأمة على النكاح، وتأخر عن البيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اسْتَرَابَتْ فَهِيَ كَالحُرَّةِ المُسْتَرِيبَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وقَدْ مَضَى حكم الحرة المستبرئة في موضعين من هذا الكتاب، وهذه إذا استبرأت في حكمها ولا يخلو حال استرابتها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون في حال قرئها فهي باقية في الاستبراء، فإن نكحت قبل زَوَال الريبة بطل نكاحها لا يختلف.

والقسم الثاني: أن تحدث الريبة بعد نكاحها، وتقضي مدة استبرائها فالنكاح صحيح إلا أن يحدث بعد ولادتها لأقل من ستة أشهر ما يوجب فساد النكاح فيكون حينئذ باطلاً.

والقسم الثالث: أن تحدث الريبة بعد الاستبراء، وقبل النكاح فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج إن حدوث الريبة يمنع من صحة الاستبراء ويوجب بقائها فيه، فإن نكحت كان نكاحها باطلاً كما لو تقدمت الريبة في زمان الاستبراء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي إن حدوث الريبة لا يمنع من صحة ما تقدم من الاستبراء اعتباراً بالظاهر من حال الصحة، ولا يوجب بقاؤها في الاستبراء فإن نكحت كان نكاحها جائزاً كما لو حدثت الريبة بعد النكاح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ تَحْتَ زَوْجٍ أَوْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ فَلَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا لأَنَّ فَرْجَهَا مَمْنُوعٌ مِنْهُ بِشَيْءٍ أَبَاحَهُ لِزَوْجِهَا».

قال الماوردي: إذا مات سيد أم الولد وهي ذات حمل فلا استبراء عليها بموته لأمرين:

أحدهما: أن فراشه قد زال عنها قبل موته.

والثاني: لأنها قد صارت فراشاً لغيره.

فإن طلقها الزوج أو مات عنها لم يخل ذلك من أحد أمرين:

إما أن يكون قبل موت السيد أو بعده، فإن كان طلاق الزوج أو موته بعد موت السيد فعليها أن تعتد لطلاقه أو موته عدة حرة لكمال طرفيها بالحرية قبل الطلاق وبعده وإن كان طلاق الزوج أو موته متقدماً على موت السيد لم يخل موت السيد من أن يكون في أثناء عدتها أو بعد انقضائها، فإن كان في أثناء عدتها فلا استبراء عليها بموت السيد، لأنها لم تعد إلى إباحته مع بقاء عدة الزوج، وقد كانت في أول عدتها من الزوج في حكم الأمة ثم صارت في آخرها حرة فهل تبني على عدة أمة أو تستكمل عدة حرة؟ على قولين مضيا من قبل، وإن مات السيد بعد انقضاء عدتها من الزوج لم تكن عدتها من الزوج إلا عدة أمه لنقصان طرفيها بالرق قبل الطَّلاق، وبعده وهل تصير بانقضاء العدة فراشاً للسيد ويستباح وطؤها من غير استبراء أم لا؟ فمذهب الشافعي وما ظهر من منصوصاته في كتبه: أنها قد عادت بانقضاء العدة إلى فراش السيد، وحل له وطؤها من غير استبراء لرحمها بالعدة، فعلى هذا يلزمها الاستبراء بموت السيد وطأ أو لم يطأ، وحكى ابن خيران قولاً ثانياً تفرد بنقله عن الشافعي في القديم أنها لا تصير فراشاً للسيد بانقضاء العدة، ولا يستباح وطئها إلا بعد أن يستبرئها في حق نفسه؟ لأنها استباحة تجددت في مالك فلزم الاستبراء فيها بعد استقرار الملك كالمشتري يَلْزمه الاستبراء بعد الشِّراء ولا يجزئه ما تقدم من الاستبراء من البائع، فعلى هذا إن استبرأها السيد ووطئها صارت بهذا الوطء فراشاً، وإن مات لزمها الاستبراء بموته، فإن لم يطأها حتى مات قبل الاستبراء أو بعده فقد مات، وهي غير فراش له، وفي وجوب الاستبراء بموته وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في استبراء أم الولد، هل وجب لحرمة الولد أو لرفع الفراش على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري إنه وجب لحرمة الولد، فعلى هذا يلزمه الاستبراء لثبوت حرمته.

والوجه الثاني: أنه وجب لرفع الفراش، فعلى هذا لا يلزمها الاستبراء، لأن الفراش لم يعد.

فصل: ويتفرع على هذه المسألة في أم الولد أن يزوج السيد أمته بعد استبرائها من وطئه ثم يطلقها الزوج، وتعتد من طلاقه ففي استباحة السيد لها قبل استبرائها وجهان وعلى كلا الوجهين لا تصير فراشاً له إلا بالوطء لأن فراش أم الولد أثبت، لأن

ولدها بعد ستة أشهر من استبرائها يلحق بالسيد، ولا يلحق به ولد الأمة، وإذا مات عن الأمة لم يلزمها الاستبراء بموته يلزم أم الولد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ مَاتَا فَعُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا مَاتَ قَبْلَ الآخَرِ بِيَوْمٍ أَوْ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ أَوْ أَكْثَرَ وَلاَ نَعْلَمُ أَيَّهُمَا أَوَّلاً اعْتَدَّتْ مِنْ يَوْمِ مَاتَ الآخَرُ مِنْهُمَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فِيهَا حَيْضَةٌ وَإِنَّمَا لَزِمَهَا إِحْدَاهُمَا فَإِذَا جَاءَتْ بِهِمَا فَذَلِكَ أَكْمَلُ مَا عَلَيْهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مَوْتِهِمَا إِلاَّ أَقَلُّ مِنْ شَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ فَلاَ مَعْنَى لِلحَيْضَةِ لأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا كَانَ مَاتَ أَوَّلاً فَهِيَ تَحْتَ زَوْجٍ مَشْغُولَةٌ بِهِ عَنِ الحَيْضَةِ وَإِنْ كَانَ مَوْتُ الزَّوْجِ أَوَّلاً فَلَمْ يَنْقَضِ شَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ حَتَّى مَاتَ السَّيِّدُ فَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِعِدَّةِ الزَّوْجِ عَنِ الحَيْضَةِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَكْثَرُ مِنْ شَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ فَقَدْ أَمْكَنَتِ الحَيْضَةُ فَكَمَا السيد لشَّافِعِيُّ».

قال الماوردي: لما ذكر الشافعي يقين موت السيد ويقين موت الزوج، ذكر هذه المسألة في وقوع الشك في موتهما وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقع الشك بعد غيبهما، هل مات واحد منهما أم لا؟ فلا حكم لهذا الشك وهي على حكمها كما لو كانا باقيين فإذا طالت غيبتهما، فقد خبرهما جر عليهما في حق الزوج حكم المفقود، ولم يجر عليها في حكم السيد حكم المفقود، لأنها في حق السيد معتبرة بماله، وفي حق الزوجة معتبرة بنكاحه، وإذا قضى لها الحاكم على قوله في القديم بالتربص للزوج ووقوع الفرقة منه لم يجز لها أن تتزوج بخلاف الحرة؛ لأنها لا تملك ذلك من حق نفسها، وإنما يملكه السيد في حق نفسه.

والقسم الثاني: أن يعلم موت أحدهما ويشك في الميت منهما هل هو السيد أو الزوج فلا تعتق لجواز أن يكون الميت هو الزوج، ولا تجب عليها العدة لجواز أن يكون الميت هو السيد فلا يثبت حكم واحد منهما بالشك، وتكون مترددة الحال بموت أحدهما بين أن تكون حرة ذات زوج إن كان السيد هو الميت أو تكون أم ولد خلية من زوج إن كان الزوج هو الميت غير أنه لما لم يتعين بالشك أحدهما أجري عليهما بقاء حكمهما ويجوز أن يجرى عليها في الزوج حكم المفقود دون السيد.

والقسم الثالث: وهو مسألة الكتاب أن يعلم موتهما، ويقع الشك فيمن تقدم موته منهما فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم بين موتهما أقل من شهرين وخمس ليال.

والثاني: أن يعلم بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال.

والثالث: أن يقع الشك فيما بين موتهما.

فأما القسم الأول وهو أن يعلم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمس ليال، فهذه يلزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، ولا يلزم أن يكون فيها حيضة اعتباراً بأغلظ حاليهما، لأنه إن كان السيد مات أولاً فلا استبراء عليها بموته وقد عتقت، وعليها بموت الزوج بعده أن تعتد بأربعة أشهر وعشر وإن كان الزوج مات أولاً فعليها شهران وخمس ليال، وموت السيد قبل انقضائها سقط لاستبرائها منه فيسقط استبراء السيد من الحالين يقين، وصار الشك في وجوب عدتها من الزوج هل هي بشهرين وخمس ليال إن تقدم موت الزوج أو بأربعة أشهر وعشر، إن تقدم موت السيد فأوجبنا عليها أطول العدتين اعتباراً بأغلظ الأمرين لتخرج من العدة بيقين.

وأما القسم الثاني: وهو أن يعلم أن بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال فهذه يلزمها أن تعتد من بعد أخرهما موتاً بأربعة أشهر وعشر فيها حيضة هذا قول الشافعي، وتحقيقه أنها تعتد بأبعد الأمرين من أربعة أشهر وعشر عدة حرة، أو قروء وهو استبراء أم ولد، لأن عليها أحد الأمرين، وليس عليها الجمع بينهما، لأنه إن كان أسبقهما موتاً، وهو الزوج فقد مضت عدته شهران وخمس ليال قبل موت السيد ولزمها أن تستبرىء نفسها بحيضة لموت السيد، وإن كان السيد هو أسبقهما موتاً فلا استبراء عليها لموته، وعليها إذا مات أن تعتد بأربعة أشهر وهو لأنها حرة فصارت حالها مترددة بين أن يلزمها حيضة لا غير إن تقدم موت الزوج أو أربعة أشهر وعشر إن تقدم موت السيد فألزمناها أغلظ الأمرين وأطول الزمانين من أربعة أشهر وعشر، أو قرء كامل كالمطلق إحدى زوجتيه إذا مات عنهما قبل البيان لها أن تعتد كل واحدة منهما بأبعد الأمرين من أربعة أشهر وعشر لجواز أن تكون زوجة، أو ثلاثة أقراء لجواز أن تكون مطلقة، وإذا كان كذلك فالفرق بين أن تكون الحيضة التي في أربعة أشهر وعشر قبل شهرين وخمس ليال أو بعدها، ووهم بعض أصحابنا، وحكاه عنه أبو إسحاق المروزي فقال: إنما يجزئها الحيضة في أربعة أشهر وعشر إذا كانت بعد شهرين وخمس ليال لجواز أن يتأخر موت السيد بعدها فلا يجري تقدم الحيضة قبل موته، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس يلزمها على ما بيناه إلا أحد الأمرين.

والثاني: أننا نأمرها بذلك بعدة آخرهما موتاً فليس توجد الحيضة إلا بعد موت السيد سواء تقدمت في أول شهورهما أو تأخرت.

وأما القسم الثالث: وهو أن يشك فيما بين موتهما فلا يعلم، هل كان أقل من

شهرين وخمس ليال أو أكثر فيحمل على أغلظ الأمرين، وأغلظهما أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمس ليال، لأنه كان بينهما أقل لزمه أربعة أشهر وعشر فيهما حيضة فلزمها مع هذا الشك أن تعتد بأبعد الأمرين من أربعة أشهر وعشر، أو قَرء واحد لتخرج من عدتها بيقين.

فصل: فأما المزني فإنه لما رأى الشافعي أطلق الجواب في إيجاب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة من غير تفصيل فيما بين الموتين اعترض عليه في إطلاقه ونسبه إلى الغلط في التسوية بين الأمرين، وفصّل المزني اعتراضه في جامعه الكبير فقال إن أراد به إذا كان بينهما أكثر من شهرين وخمس فهو صحيح، وإن أراد به أقل فهو سهو وغلط، وهذا الذي اعترض به المزني، وإن كان في الفقه صحيحاً فهو في الاعتراض على الشافعي سوء ظن به ووهم منه، وقد فصّل الشافعي ذلك في كتاب «الأم» بما يغنى عنه الظن والاشتباه، وفي إطلاقه ذلك في هذا الموضع جوابان:

أحدهما: أن المسألة مسطورة في العلم بموتهما، ووقوع الشك في المتقدم منهما وفيما بين موتهما وفي مسطورها ما يقتضيه.

والجواب الثاني: أن هذه المسألة تعم الأقسام الثلاثة، والجواب عائد إلى قسمين منها؛ لأن حكم القسم الأول مأخوذ مما تقدم فاكتفى به عن تفصيل جوابه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ تَرِثُ زَوْجَهَا حَتَّى يُسْتَيْقَنَ أَنَّ سَيِّدَهَا مَاتَ قَبْلَ زَوْجِهَا فَتَرِثَهُ وَتَعْتَدَّ عِدَّةَ الوَفَاةِ كالحُرَّةِ».

قال الماوردي: إذا استدام الشَّك فيمن تقدم موته منهما لَمْ ترث زوجها تغليباً لحكم الرق لجواز أن يكون موته قبل موت السيد واعتدت عدة حرة لِجَوازِ أن يكون موته بعد موت السيّد.

فإن قيل: فلم غلبتم حكم الحرية في العدة دون الميراث، وغلبتم حكم الرق في الميراث دون العدة.

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الميراث لا يستحق إلا بيقين فلم ترث بالشك والعدة واجبة بيقين فلم تخرج منها بالشك.

والثاني: أن الميراث مستحق لغيرها، فلم يجز أن يمنع من حقه بالشك ولا يتعلق بتغليظ العدة إسقاط حق فجاز أن يتغلظ بالشك.

فإن قيل: فإذا مُنعت من استحقاق الميراث بالشك فَهَلّا أوجبت بالشك وقف ميراثها، حتى يزول الشك كمن طلق إحدى زوجتيه، ولم يبنْ حتى مات وقف عليهما مع الشك بميراث زوجته حتى يزول الشك، فهلا كان ميراث أم الولد موقوفاً كذلك.

قيل: لأن ميراث أم الولد متردد بين استحقاقه وإسقاطه فلم يجز وقفه مع الشك في استحقاقه وميراث إحدى الزوجتين مستحق قطعاً، وإن أشكل مستحقه منهما فجاز أن يوقف بعد استحقاقه على بيان مستحقه.

فإن قيل فهذا الفرق يفسد بمن له زوجتان، مسلمة وذمية طلق إحداهما، ولم يبن حتى مات فإنه يوقف من ماله ميراث زوجته، وإن شك في استحقاقه، كأنه متردد بين أن يكون المطلقة هي الذمية فتستحق المسلمة الميراث وبين أن تكون المسلمة هي المطلقة فلا تستحق الذمية الميراث ولَمْ يمنع هذا الشك في استحقاقه من أن يكون موقوفاً فهلا كان ميراث أم الولد موقوفاً.

قيل: فهذا لا يمنع من صحة الفرق بينهما وبين أم الولد؛ لأن الأصل في المسلمة أنها مستحقة للميراث، فلم تسقط ميراثها بالشك، والأصل في أم الولد أنها غير وارثة فلم يوقف لها ميراث بالشك، فصح بهذا الفرق ما تقدم من الفرق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالأَمَةِ يَطَؤُهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ فَإِنْ نَكَحَتْ قَبْلَهَا فَمَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن السيِّد إذا وطىء أمته جاز له بيعها قبل استبرائها، ولم يجز له أن يزوجها إلا بعد استبرائها.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يزوجها قبل الاستبراء كالبيع وهذا خطأ، لأن المشتري يلزمه أن يستبرىء بعد ملكه لجواز أن يملك من لا تحل له والزوج لا يلزمه أن يستبرىء بعد نكاحه، لأنه لا يجوز أن ينكح من لا تحل له فلذلك جاز بيعها قبل الاستبراء، ولم يجز نكاحها قبل الاستبراء، فإذا ملكها المشتري حرم عليه وطؤها بالملك حتى يستبرئها سواء كان البائع قد استبرأها قبل البيع أم لا؟ لقول النبي ﷺ في سبي أوطاس: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» وذلك لاستحداث الملك بالسبي، وكذلك كل ملك مستحدث فإن أعتقها المشتري فأراد أن يتزوجها قبل الاستبراء نظر، فإن كان البائع قد استبرأها قبل بيعه جاز للمشتري أن يتزوجها بعد عتقه لها، وإن لم يستبرئها كما يجوز أن يتزوجها البائع لو لم يبعها.

والفرق بين أن يطأها بالملك فلا تحل له إلا بعد الاستبراء وبين أن يطأها بالنكاح فتحل له قبل الاستبراء هو أن استبراء البائع لها قبل بَيْعها قد أبرأ رحمها في الظاهر،

فإن ظهر بها حمل يخالف الظاهر أمكن نفيه في النكاح باللعان دون الاستبراء، ولم يكن نفيه في الملك إلا بالاستبراء فلذلك وجب تجديد الاستبراء في الوطء بالملك ولم يجب تجديد الاستبراء في الوطء بالنكاح وإن كان البائع ما استبرأها قبل بيعه لَم يجز للمشتري إذا أعتقها أن يتزوجها إلا بعد استبرائها ويمنع وجوب الاستبراء من صحة النكاح كما يمنع منه وجوب العدة.

وقال أبو حنيفة: يجوز ولا يمنع وجوب الاستبراء عنده من عقد النكاح، وهذه مسألة أبي يوسف مع «الرشيد» فإنه استبرأ أمة فمن شدة ميله إليها استصعب الصبر عنها إلى أن يستبرئها فسأل أبا يوسف عن المخرج في تعجيل الاستباحة، فقال تعتقها وتتزوجها فحظي عنده ووصله وشكرته الجارية ووصلته، وقالت: فككت رقي، وجعلتني زوجة الرشيد والدليل على فساد ما ذهب إليه ما رواه أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يشترك رجلان في طهر امرأته» وتزويجها قبل الاستبراء مفض إلى اشتراك البائع والزوج على وطئها في الطهر الواحد، وهذا مدفوع بالنص.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تسق بمائك زرع غيرك» فلم يجز للزوج أن يسقي زرع البائع بمائه، ولأن وطء البائع وطء له حرمة فلم يجز نكاحها قبل استبرائها منه كوطء الشبهة مع حظر وطء الشبهة وإباحة وطء السيد، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَطِىءَ المُكَاتِبُ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ أَلْحَقْتُهُ بِهِ وَمَنَعْتُهُ الوَطْءَ وَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا لاَ يَبِيعُهَا بِحَالٍ لأَنِّي حَكَمْتُ لِوَلَدِهَا بِحُكْمِ الحُرِّيَّةِ إِنْ عُتِقَ أَبُوهُ والثَّانِي أَنَّ لَهُ بَيْعَهَا خَافَ العَجْزَ أَوْ لَمْ يَخَفْهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ القِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ لاَ يَبِيعَهَا كَمَا لاَ يَبِيعُ وَلَدَهَا».

قال الماوردي: يجوز للمكاتب أن يستبرىء الرقيق من العبيد، والإماء إذا قصد به تمييز المال لوجود الفضل فيه كسائر الأموال، فإذا ملك أمة لم يكن له وطؤها لأمرين:

أحدهما: أنه غير مستقر الملك كالعبد، ولا يجوز أن يطأ بالملك إلا مالك.

والثاني: أنه ربما أحبلها فنقصت قيمتها، ولم يؤمن تلفها، والمكاتب ممنوع من إتلاف ما بيده أو إحداث نقص فيه، فإن استأذن سيده في وطئها، فلم يأذن له فالحظر باق لحاله، وإن أذن له في وطئها، فلم يأذن له فالحظر باق بحاله، وإن أذن له في وطئها لم يحتج إلى تمليك، لأن المكاتب مالك بالكتابة، وفي جواز وطئه بإذن سيده قولان بناء على اختلاف قوليه في العيد، هل يملك إذا ملك، فعلى قوله في القديم يملك إذا ملك، ويجوز له أن يطأ إذا أذن له السيد، وعلى قوله في الجديد لا يملك.

وإن ملك، ولا يجوز له أن يطأ وإن أذن له السيد، لأن الإذن بالوطء أن لا يملك إباحة الفرج المملوك والفرج لا يحل بالإباحة، فإن وطئها المكاتب فأحبلها فلا حد عليه سواء استأذن سيده أو لم يستأذنه، لأنه على أحد القولين مالك، وعلى الثاني في شبهة ملك، ولا حد في واحد منهما ولا مهر عليه، لأن مهرها من كسبه والولد لاحق به لسقوط الحد عنه، ولا يعتق عليه، ولأن ولده في حكمه، وهو لا يعتق على نفسه، فكذلك لا يعتق عليه ولده ولا يجوز له بيعه، لأن الولد لا يجوز له بيع ولده كما لا يجوز له بيع نفسه، فإن خاف العجز إن لم يبعه، قال أبو سعيد الإصطخري يجوز له حينئذ بيعه، لأن عجزه مفض إلى رقها فكان بيعه في عتق الأب أولى من استرقاقه مع الأب.

وذهب سائر أصحابنا، وهو الظاهر من مذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز له بيعه إن خاف العجز، لأن العتق ببيعه بظنون لجواز أن يتلف ثمنه قبل أدائه في الكتابة، فلم يجز أن يسقط بهذا التجويز ما استحقه على أبيه، وقد تقابل هذا التجويز مثله من أن قد يجوز أن يكتسب المكاتب مالاً قبل تعجزه من هبة أو لفظة فيعتقان معاً فلا يرفع هذا التجويز بمثله، وإذا تقابل التجويز إن سقطا، وكان الأصل حظر بيعه عليه، فأما أمه فهل تصير به أم ولد للمكاتب يمنع من بيعها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تصير أم ولد للمكاتب، ويجوز له بيعها، لأنها علقت منه بمملوك فلم يكن له حرمة حرية مشترى إليها، وليس ما يرجى من حدوث عتقه بموجب لتحريم بيعها كما لو أولدها بعقد نكاح لم تصر به أم ولد إن ملكها، ولو اشتراهما بعد الحرية عتق عليه الولد ولم يوجب حدوث عتقه تحريم بيعها، فعلى هذا يجوز له بيعها سواء أدى فعتق أو عجز فرق.

والقول الثاني: واختاره المزني أنها قد صارت به أم ولد للمكاتب يحرم عليه بيعها لأنه لما منع من بيع ولدها انتشرت حرمة هذا المنع إليها فصار ممنوعاً من بيعها، فعلى هذا يمنع من بيع ولدها، وبيع أمته في حال كتابته ثم ينظر ما يكون من حاله في الكتابة فإن أدى فعتق عتق عليه ولده عند عتقه بالأداء، واستقر لأمته حكم أم الولد فحرم عليه بيعها على الأبد، وعتقت عليه بالموت، وإن عجز ورق صار الولد وأمته مملوكين للسيد مع الأب، وجاز له بيعهم إذا شاء.

فصل: وإذا اشترى المكاتب زوجته صح الشراء، وبطل عليه نكاحها، ولم يكن له وطؤها بعد الشراء، وإن كان له ذلك قبل الشراء، لأنه قبل الشراء يطأها بالزوجية والمكاتب لا يمنع من الوطء بالزوجية وبعد الشراء يطأها بالملك، والمكاتب ممنوع من الوطء بالملك، فإن وطئها بعد الشراء كان على ما مضى، وبالله التوفيق.

بَابُ الاسْتِبْرَاءِ مِنْ كِتَابِ الاسْتِبْرَاءِ وَالإمْلاَءِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَامَ سَبْيِ أَوْطَاس أَنْ تُوطَأَ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ أَوْ حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ وَلاَ يَشُكُّ أَنَّ فِيهِنَّ أَبْكَاراًوَحَرَائِرَ كُنَّ قَبْلَ أَنْ يُسْتَأْمَيْن وَإِمَاءً وَوَضِيعَاتٍ وَشَرِيفَاتٍ وَكَانَ الأَمْرُ فِيْهِنَّ وَاحِداً (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ فَكُلُّ مِلْكٍ يُحدثُ مِنْ مَالِكٍ لَمْ يَجُزْ فِيْهِ الوَطْءُ إِلاَّ بَعْدَ الاسْتِبْرَاءِ لأَنَّ الفَرْجَ كَانَ مَمْنُوعاً قَبْلَ المِلْكِ ثُمَّ حَلَّ بِالمِلْكِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال كل من استحدث ملك أمة بابتياع، أو ميراث، أو هبة، أو مغنم يحرم عليه وطؤها حتى يستبرئها صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أو ثيباً شريفة كانت أو وضيعة من يجوز حبلها أو لا يجوز، وهو قول عمر، وعثمان، وابن مسعود ـ رضوان الله عليهم.

وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: إن جومع مثلها لزمه استبراؤها، وإن لم يجامع مثلها لم يلزمه.

وقال الليث بن سعيد إن كان مثلها يحبل لزمه استبراؤها وإن لم يحبل مثلها لم يلزمه.

وقال أبو ثور، وداود: إن كانت ثيباً لزمه الاستبراء، وإن كانت بكراً لم يلزمه ذلك استدلالاً برواية رويفع بن ثابت أن النبي ﷺ قال: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا ثيب حتى تحيض» فدل على جواز وطء البكر قبل أن تحيض، وبما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال: «لا استبراء على العذراء».

قالوا: ولأن الاستبراء موضوع لبراءة الرحم فلم يلزم فيمن علم براءة رحمها، ولأن عدد الحرائر أعلى من استبراء الإماء، وذلك ساقط في غير المدخول بها فكان الاستبراء بذلك أولى.

ودليلنا رواية أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» فكان على عمومه في كل حائل من صغيرة وكبيرة وبكر

وثيب مع ورود ذلك في سبي أوطاس، وكان فيهن صغار وكبار فعم ولم يفرق.

فإن قيل: فاسم الحائل لا ينطلق إلا على من أخلف حملها بعد تقدمه منها كما يقال: نخلة حائل إذا أخلفت بعد أن حملت، وتسمية حائل لا ينطلق ذلك على ما لم تحمل من فسيل النخل، وصغار البهائم فعنه جوابان:

أحدهما: أن هذا غير مسلم، لأن الحائل ضد الحامل فاقتضى أن يكون محمولاً على عمومه من قول وعمل.

والثاني: أنه روى أبو الوداك عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض» وهذا لا يحتمل ما تكلفوه من التأويل، ولأن من استجد ملك أمة محرمة لزمه استبراؤها قبل الاستمتاع قياساً على موضع الوفاق، ولأن اعتبار من يجامع مثلها، ولا يجامع، ومن يحبل مثلها ولا يحبل يشق لاختلافه في الناس، واختلاف الناس فيه ولا سيما مع غلبة الشهوة فحسم الباب، وقطع التنازع كالغرة في الجنين حين قدر شرعاً لحسم التنازع، وتحريم قليل الخمر حسماً لما تفضي إليه من الصد عن ذكر الله وعن الصلاة كذلك عموم الاستبراء.

فأما الجواب عن روايتهم لقوله: «ولا ثيب حتى تحيض» فالأثبت ما رويناه من قوله: «ولا حائل حتى تحيض» ولو صحت لكانت بعض ما شمله من العموم فلم يعارضه.

فأما قول عمر: «لا استبراء على عذراء»، فالمروي عنه خلافه، وقد روي عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما وجوب الاستبراء في جميعهن.

وقولهم: إن الاستبراء لبراءة الرحم فغير مسلم بل الاستبراء لاستحداث الملك، وعلى أنه ليس ينكر أن يكون لاستبراء الرحم تارة وللتعبد أخرى، كالعدة تكون استبراء للرحم تارة وللتعبد أخرى إذا كانت صغيرة أو متوفى عنها زوجها، وهو جواب عما ذكروه من الاستدلال بالعدد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً مِنْ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ وَقَبَضَتْهَا وَتَفَرَّقَا بَعْدَ البَيْعِ ثُمَّ اسْتَقَالَهَا فَأَقَالَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا مِنْ قِبَلِ أَنَّ الفَرْجَ حُرِّمَ عَلَيْهِ ثُمَّ حَلَّ لَهُ بِالمِلْكِ الثَّانِي».

قال الماوردي: وهذا مما أوضح به الشافعي استبراء الإماء مع يقين براءة الرحم، وهو أنه لو باع أمته على امرأة، وتفرقا بعد تمام البيع ثم استقالها فأقالته لزمه استبراؤها بعد الإقالة سواء أقبضها أو لم يقبضها.

وقال أبو يوسف: يلزمه استبراؤها إن أقبضها، ولا يلزمه استبراؤها إن لم يقبضها استحساناً، وإن لزمه قياساً، وهذا ليس بصحيح، لأن الاستحسان لو دفع القياس لكان بإيجاب الاستبراء والاحتياط في الدين أحق، فأما إن تفاسخا في مدة الخيار قبل انبرام البيع فقد ذكرناه في كتاب «البيوع» بما أغنى عن الإعادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالاسْتِبْرَاءُ أَنْ تَمْكُثَ عِنْدَ المُشْتَرِي طَاهِراً بَعْدَ مِلْكِهَا ثُمَّ تَحِيضَ حَيْضَةً مَعْرُوفَةً فَإِذَا طَهُرَتْ مِنْهَا فَهُوَ الاسْتِبْرَاءُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ثبت أن استبراء الأمة واجب فملك الرجل أمة بالابتياع، فمذهب الشافعي، وأبي حنيفة: أن الاستبراء واجب على المشتري دون البائع، ويستحب لو استبراها البائع وإن لم تجب عليه.

وقال عثمان البتي: الاستبراء واجب على البائع دون المشتري ويستحب أن يستبرئها المشتري.

وقال إبراهيم النخعي، وسفيان الثوري: الاستبراء واجب على البائع وعلى المشتري.

وقال مالك: الاستبراء واجب على المواضعة بعد رفع يد البائع، وقبل دخول يد المشتري.

فأما عثمان البتي فاستدل بأنه لما لزم استبراء الحرية قبل عقد النكاح عليها لزم استبراء الأمة أن يكون قبل ابتياع المشتري لها.

وأما النخعي، والثوري، فإنهما استدلا بأنها تستبرىء نفسها من ماء البائع لتقدم إصابته، ومن ماء المشتري لمستحدث إصابته فوجب أن تستبرىء نفسها في ملك البائع لحفظ مائه، وفي ملك المشتري لحفظ مائه.

وأما مالك فإنه استدل بأن استبراءها على المواضعة تنوب عن الحقين، وفي يد أحدهما تنوب عن حقه فكان استيفاء الحقين بالمواضعة أولى من استيفاء أحدهما بالانفراد.

ودليلنا على جماعتهم قول النبي ﷺ: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» فبطل به قول عثمان البتي لأنه جعل الحيض مبيحاً للوطء ولو كان في يد البائع لكان مانعاً من الوطء، وإنما يبيحه إذا كان في ملك المشتري وبطل به قول سفيان وإبراهيم لأنه أباحها بعد حيضة واحدة، وعلى قولهما بعد حيضتين، وبطل به قول مالك، لأنه قال: ذلك بعد حصول السبي في ملك الغانمين، وفي أيديهم، ولأنه

استبراء عن إصابة، فإن احتججت به على البتي قلت: فوجب أن يكون بعد زوال الإباحة كالزوجية، وإن احتججت به على الثوري والنخعي، قلت: فوجب أن لا يلزم فيه إلا استبراء واحد كالزوجية، وإن احتججت به على مالك، قلت: فوجب أن لا يلزم فيه المواضعة كالزوجة.

فأما استدلال البتي بالنكاح فالفرق بينه وبين الابتياع وإن كانا بعد زوال الملك من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ملك المطلق يزول عن الزوجة إلى غير مالك فأمكن تقديم استبرائها على عقد الثاني، وملك البائع يزول بملك المشتري فلم يمكن تقديم استبرائها على ملك المشتري.

والثاني: أن تحريم المنكوحة يمنع من جواز نكاحها، فلذلك قدم استبراؤها عليه وتحريم الأمة لا يمنع من جواز بيعها، فجاز تقديمه قبل استبرائها.

والثالث: أن المنكوحة تصير فراشاً بالعقد فمنع بقاء الاستبراء من صحته ولا تصير الأمة فراشاً بالبيع فلم يمنع بقاء الاستبراء من صحته.

وأما الثوري، والنخعي فخالفا موضع الاستبراء، لأنه لا يكون إلا واحداً يتميز له حفظ ما في الرحم على مستحقه وهو لا يستحقه إلا واحد فلذلك وجب استبراء واحد، ولو وجب استبراآن لجاز أن يكون لاحقاً باثنين، وهذا مدفوع.

وأما مالك فإنه فرق في استبراء الأمة بين القبيحة والمليحة فأوجب المواضعة في المليحة، ولم يوجبه في القبيحة، وحكم الاستبراء لا يفترق في القبائح، والملاح، ثم يقال له قد منعت به المشتري من قبض ما هو مستحق لقبضه من ملكه بعد قبض ثمنه؟ وفوت عليه الانتفاع، وليس منعه من الاستمتاع يدل على منعه من الانتفاع، وقد يتلف في المواضعة فمن مال أيهما يتلف، فإن قال من مال البائع، وهو مذهبه، قيل: قد أقبض ما باع فلم جعلته تالفاً من ماله بعد أقباضه، فدل ذلك على فساد ما ذهب إليه.

فصل: فإذا ثبت أن الاستبراء يكون في ملك المشتري وبعد حدوث كل ملك بغير شراء من وصية، وهبة، ومغنم، وميراث انقسمت أسباب الأملاك ثلاثة أقسام: قسم لا يصح الاستبراء فيه إلا بعد القبض، وهو ما كان القبض شرطاً في ثبوت ملكه وهو الهبة والمغنم، فإن وجد الاستبراء قبل القبض لم يعتد به لوجوده قبل الملك، ولزم أن تستبرىء بعدة.

وقسم ثان: يعتد الاستبراء فيه قبل القبض، وهو الميراث، فإذا وجد الاستبراء

بعد الإرث وقبل القبض اعتد به، لأن الموروث في حكم المقبوض، لأنه لا يد عليه لغير الوارث.

وقسم ثالث: يختلف فيه وهو الابتياع فالذي ذكره أكثر أصحابنا البغداديين، أنه لا يعتد بالاستبراء فيه إلا بعد القبض كالقسم الأول، والصحيح عندي أنه يعتد بالاستبراء فيه بعد استقرار الملك بالبيع والتفريق، وقبل القبض كالموروثة لأمرين:

أحدهما: أن الاستبراء هو المنع من الاستمتاع بها بعد حدوث الملك ليعلم به براءة رحمها وهذا المعنى موجود قبل القبض وبعده.

فصل: وإذا كان كذلك فالذي يكون به الاستبراء ما قدمناه في استبراء أم الولد فإن كانت حاملاً فيوضع الحمل، وإن كانت من ذوات الشهور فعلى قولين:

أحدهما: تستبرأ بشهر واحد.

والثاني: بثلاثة أشهر.

وإن كانت من ذوات الحيض والطهر فاستبراؤها بقرءٍ واحد، والذي نصّ عليه هاهنا أن المعتبر فيه الحيض فتستبرىء نفسها بحيضة كاملة، وهو معنى قول الشافعي «ثم تحيض حيضة معروفة» يعني كاملة، ويكون الفرق بين استبراء الأمة وعدة الحرة ما قدمناه، وفيه وجه ثان ذهب إليه كثير من أصحابنا: أن الاعتبار فيه بالطهر كالحرة وحملوا قول الشافعي هاهنا: «ثم تحيض حيضة معروفة» ليقوى بها ما تقدم من الطهر الذي لم يكمل، وفيه وجه ثالث ذهب إليه البصريون من أصحابنا: أن كلا الأمرين من الحيض والطهر معتبر مقصوده، لأنه لما تفرد استبراء الأمة بقرءٍ واحد جمع فيه بين الأمرين تقوية لحكمه، وزيادة في الاستظهار به، وقد ذكرنا من اعتبار حالهما على اختلاف هذه الوجوه الثلاثة ما أغنى عن الإعادة، فعلى هذا لو تباعد حيضها كانت في حكم الحرة إذا تباعد حيضها في العدة، فإن كان لعلة مكثت حتى تحيض فتستبرىء نفسها بقرءٍ أو تبلغ زمان الإياس فتستبرىء بشهر في أحد القولين وبثلاثة أشهر في القول الثاني، وإن كان لغير علة ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها تتربص بنفسها غالب الحمل ستة أشهر ثم تستبرىء بالشهور.

والقول الثاني: تتربص بنفسها مدة أكثر الحمل أربع سنين ثم تستبرىء بالشهور.

والقول الثالث: أنها تستبرىء تتربص بنفسها أبداً حتى تبلغ زمان الإياس ثم تستبرىء بالشهور.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة لم يخل حالها بعد الاستبراء من حالين:

أحدهما: أن تظهر براءة رحمها، وأن لا حمل معها فتحل للمشتري ولكل مالك من وارث وغانم.

والحال الثانية: أن يتبين حملها بوضع ولد فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا تكون فراشاً لزوج ولا لسيد وهو أن تكون مسبية أو تكون حاملاً من زنا فيكون وضع الحمل استبراء، ولا يمنع ذلك من صحة الشراء، وهي حلال له بعد الوضع إذا انقضت مدة النفاس والولد مملوك له، وله الخيار في فسخ البيع قبل الولادة لما يخاف عليها عند الولادة، فأما بعدها فإن تحقق حملها قبل الولادة فالإمساك عن العيب رضى بالعيب، فلا رد له، وإن لم تتحقق حملها حتى ولدت نظر حالها بعد الولادة، وإن لم تنقص قيمتها بالولادة فلا رد له الزوال الخوف وعدم العيب، فإن نقصت قيمتها اعتبر النقص، فإن كان حادثاً بعد الولادة فلا رد له لحدوثه في يده، وإن كان متقدماً وقت الحمل فله الرد.

والقسم الثاني: أن تكون الأمة فراشاً لزوج كأنها زوجة البائع أو الواهب بها فالولد لاحق بزوجها إذا أمكن أن يكون أن يكون منه، وهو مملوك للمشتري أو المستوهب وتنقضي عدتها من الزوج بولادته، وهل يلزم المشتري استبراؤها بعده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه الاستبراء لما علم من براءة رحمها بالولادة، وتكون الولادة استبراء في حق الزوج والمشتري معاً.

والوجه الثاني: يلزمه أن يستبرئها بعد الولادة، لأن الاستبراء الواحد لا يكون في حق اثنين لما يكون فيه من تداخل العدتين.

والقسم الثالث: أن تكون الأمة فراشاً للسيد البائع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون ولادتها قبل وطء المشتري.

والثاني: أن تكون بعده، فإن كان قبل وطء المشتري لم يخل حال البائع، والمشتري في الولد من أربعة أقسام:

أحدها: أن يتصادقا على أنه من البائع، لأنه لم يستبدئها من وطئه وقد وضعته لأقل من ستة أشهر من بيعه فيكون الولد حراً لاحقاً بالبائع، وقد صارت به أم ولد له فيبطل البيع فيها ويرجع المشتري.

والقسم الثاني: أن يتصادقا أنه ليس من البائع؛ لأن البائع لم يطأها أو لأنها

ولدته لستة أشهر فصاعداً بعد استبرائه لها فيكون البيع ماضياً، والولد مملوك للمشتري وتكون ولادتها استبراء في حق المشتري، ويجوز له بعد انقطاع نفاسها أن يطأها.

والقسم الثالث: أن يدعيه البائع وينكره المشتري فيقول البائع وطئتها ولم استبرئها وقد ولدته لستة أشهر بعد وطئي وقبل استبرائي، ويقول المشتري هو من زنا فللبائع حالتان:

إحداهما: أن يكون هو قد سمع منه الإقرار بوطئها قبل البيع إما مع العقد أو قبله فإن الحكم فيهما سواء فيكون الولد لاحقاً به لما تقدم من اعترافه بالوطء والولد حر وقد صارت به أم ولد له فيكون البيع فيهما باطلاً ولا يؤثر فيه إنكار المشتري ولا يمين له على البائع، لأن البائع لو رجع عن إقراره لم يقبل منه لما فيه من إبطال النسب وسقوط العتق.

والحال الثانية: أن لا يسمع من البائع الاعتراف بوطئها قبل البيع ويدعيه بعد الولادة فلا يقبل قوله على المشتري في إبطال البيع وعتق الولد، لأن الظاهر من البيع الصحة فوجب حمله على السلامة ولم ينفذ فيه دعوى البائع لإبطاله كما لو باع عبداً ثم ادعى أنه قد كان أعتقه لم يقبل منه، وإذا كان كذلك كان ماضياً على الصحة، والأمة مملوكة للمشتري فتكون ولادتها استبراء في حقه يستبيحها بعد انقطاع دم النفاس والولد مملوك له وفي لحوق نسبه بالبائع قولان:

أحدهما: قاله في كتاب «الأم» و «الإيلاء» يلحق به، لأنه لا ضرر على المشتري في لحوق نسبه وإنما الضرر عليه في عتقه فأرفقناه لنفي الضرر عنه، ولم ننف نسبه عن البائع، لأنه لا ضرر على المشتري أن يكون عدة ذا نسب.

والقول الثاني: رواه عنه البويطي لا يلحق نسبه بالبائع، لأنه قد يدخل على المشتري ضرراً في لحوق نسبه بالبائع، إذا مات بعد عتقه في أن يصير ميراثه لأبيه دون معتقه لتقدم الميراث بالنسب على الميراث بالولاء.

والقسم الرابع: أن يقول المشتري إنه من البائع، وينكر البائع أن يكون منه فلا يخلو حال البائع من أمرين:

أحدهما: أن يكون قد سمع منه الاعتراف بوطئها، فيلحق به الولد إذا وضعته لأقل من ستة أشهر بعد الاستبراء، ولا يؤثر إنكاره لأن ثبوت النسب حق للولد لا يسقط بالجحود وتصير به الأمة أم ولد للبائع يبطل فيها البيع ويرجع المشتري عليه بثمنها.

والحال الثانية: أن لا يسمع منه الاعتراف بوطئها فلا يقبل قول المشتري عليه،

لأن الظاهر صحة البيع وسلامة العقد لكن يعتق الولد على المشتري لاعترافه بحريته وتحرم عليه أمه لاعترافه بأنها أم ولد لبائعها، لأن قوله مقبول على نفسه، وإن لم يقبل على غيره، فهذا حكم الولد إذا لم يكن المشتري قدم وطأها.

فصل: فأما إذا ولدت بعد أن وطئها المشتري فلا يخلو حال الولد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يلحق بالبائع دون المشتري، وهو أن تضع مع اعترافها بالوطء، لأقل من ستة أشهر من وطء المشتري، فيكون لاحقاً بالبائع تصير به الأمة أم ولد له، ويكون البيع فيها باطلاً، وعلى المشتري مهر مثلها للبائع لوطئه أم ولده بشبهة، ويتقاصا ذلك من ثمنها ويرجع المشتري بباقيه.

والقسم الثاني: أن يكون لاحقاً بالمشتري دون البائع لوضعه لستة أشهر فصاعداً من استبراء البائع ولستة أشهر فصاعداً من وطء المشتري، فالبيع ماضى على الصحة ولا تراجع فيه بين البائع والمشتري.

والقسم الثالث: أن لا يلحق بالبائع ولا بالمشتري، وهو أن تضعه لستة أشهر فصاعداً من استبراء البائع، ولأقل من ستة أشهر من وطء المشتري، فيكون الولد منفياً عنهما ومملوك للمشتري، ولا خيار له في فسخ البيع لحدوثه في ملكه، وهي مملوكة المشتري وحلال له بعد الولادة.

فأما القسم الرابع: الذي يمكن لحوقه بهما فهو ممكن في الحرة وممتنع في الأمة، لأن ولد الحرة لاحق به إلى أربع سنين من العدة وولد الأمة لا يلحق بعد ستة أشهر من الاستبراء إلا على قول أبي العباس بن سريج في التسوية بينهما وبين الحرة فيجيء على قوله تخريج القسم الرابع، فأما على الظاهر من مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه أنه منتف عنه بعد ستة أشهر من الاستبراء فتخريجه في إمكان لحوقه بهما ممتنع لأنها إن ولدته لأقل من ستة أشهر من استبراء البائع فهو لأقل من ستة أشهر من وطء المشتري، لأن وطأه بعد وطء البائع فيكون لاحقاً بالبائع دون المشتري وإن ولدته لستة أشهر من وطء المشتري فهو لأكثر من ستة أشهر من استبراء البائع، لأن استبراءه قبل وطء المشتري فيكون لاحقاً بالمشتري دون البائع فلذلك ما امتنع تخريج هذا القسم في إمكان لحوقه بهما وإن وهم أبو حامد الإسفراييني في تخريجه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اسْتَرَابَتْ أَمْسَكَتْ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّ تِلْكَ الرِّيْبَةَ لَمْ تَكُنْ حَمْلاً وَلاَ أَعْلَمُ مُخَالِفاً فِي أَنَّ المُطَلَّقَةَ لَوْ حَاضَتْ ثَلاَثَ حِيَضٍ وَهِيَ تَرَى أَنَّهَا حَامِلٌ لَمْ تَحِلَّ إِلاَّ بِوَضْعِ الحَمْلِ أَوْ البَرَاءَةِ مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ حَمْلاً».

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم الحرة إذا استبرأت، وحكم أم الولد إذا استبرأت، وكذلك حكم الأمة إذا استبرأت لا يخلو حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تظهر الريبة قبل استكمال الاستبراء، فتكون محرمة على المشتري حتى تزول الريبة لجواز أن تكون أم ولد لغيره.

والقسم الثاني: أن تظهر الريبة بعد الاستبراء، وبعد إصابة المشتري فلا تحرم عليه إصابتها، لأنها قد صارت له بالإصابة فراشاً.

والقسم الثالث: أن تظهر الريبة بعد الاستبراء، وقبل إصابة المشتري ففي تحريمها عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس إنها محرمة عليه حتى يتيقن براءة رحمها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي إنها حلال له ما لم يتيقن حملها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلَا يَحِلُّ لَهُ قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ التَّلَذُّذُ بِمُبَاشَرَتِهَا وَلَا نَظَرٌ بِشَهْوَةٍ إِلَيْهَا وَقَدْ تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ لِغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا وجب استبراء الأمة على من استحدث ملكها حرم عليه في مدة الاستبراء وطؤها لأن الاستبراء هو اعتزال الوطء سواء ملكها عن شراء أو سبي، فأما الاستمتاع بما عدا الوطء من القبلة والملامسة والتلذذ بما دون الفرج فمعتبر بحال الحمل إن ظهر بها هل تصير به أم ولد لمن كان مالكها، فإن كانت تصير به أم ولد له؛ لأنها مشتراة من مالك كانت له فراشاً أو موروثة عنه أو مستوهبة منه حرم عليه التلذذ بمباشرتها، والنظر إليها لشهرة كما يحرم عليه وطئها لجواز أن تكون أم ولد لغيره، وإن كانت لا تصير له أم ولد كالمسبية والحامل من زنا ففي تحريم التلذذ بمباشرتها وما دون الفرج منها وجهان:

أحدهما: يحرم تبعاً للوطء كالمشتراة من ذي فراش.

والوجه الثاني: لا تحرم، لأن المشتراة تصير بالحمل أم ولد لغيره محرمة عليه بعد الولادة فحرمت قبلها، والمسبية والزانية لا تصير بحملها أم ولد لغيره، ولا تحرم عليه بعد الولادة، وإنما يستبرئها في حق نفسه لئلا يختلط بمائة ماء غيره، فإذا اجتنب الوطء حل له ما عداه، وقد روي عن ابن عمر أنه قال: وقع في سهمي جارية من سبي جلولاء فرأيت لها عتقاً كإبريق الفضة فما تمالكت أن قبلتها، ولو كان ذلك محرماً لامتنع منه ولأنكره الناس عليه، وهكذا إذا وطئت زوجة بشبهة، ولزمها الاعتداد من وطئه حرم على زوجها وطؤها في عدة الشبهة، وفي تحريم التلذذ بما دون الوطء

وجهان، لأن المقصود بالعدة حذراً من اختلاط المائين، وهي بعد العدة حلال للزوج فأشبهت المسبية.

فصل: فأما إذا اشترى أمة ذات زوج فهي محرمة على المشتري في الوطء والتلذذ جميعاً، لأن التلذذ بها من حقوق الزوج فحرم على المشتري كالوطء، فإن طلقها الزوج فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول.

والثاني: بعده.

فإن كان قبل الدخول فلا عدة عليها، وعلى المشتري أن يستبرئها وهي محرمة عليه ما لم يستبرئها أن يطأها، وفي تحريم التلذذ بما دون الوطء وجهان، وهكذا لو كان مالكاً لها قبل تزويجها ثم طلقت قبل الدخول لم تجب عليها عدة الزوج وحرمت على المالك إلا بعد الاستبراء، وإن كان الزوج قد طلقها بعد الدخول وجب عليها العدة منه، وهي في زمان عدتها محرمة على السيد أن يطأها أو يتلذذ بها، لأن تحريم العدة يجري مجرى تحريم الزوجة، فإذا انقضت العدة ففي وجوب استبرائها على السيد وجهان مضيا:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا تحريم بعد العدة لبراءة رحمها بالعدة، فعلى هذا يحلّ له الوطء وغيره.

والوجه الثاني: عليه الاستبراء بعد العدة تعبداً، فعلى هذا يحرم عليه وطئها وفي تحريم ما عداه من التلذذ وجهان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يَفْتَرِقَا حَتَّى وَضَعَتْ حَمْلاً لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ نِفَاسِهَا ثُمَّ تَحِيضَ حَيْضَةً مُسْتَقْبِلَةً مِنْ قِبَلِ أَنَّ البَيْعَ إِنَّمَا تَمَّ حِينَ تَفَرَّقَا عَنْ مَكَانِهِمَا الَّذِي تَبَايَعَا فِيْهِ».

قال الماوردي: اعتبر الشافعي هاهنا وجود الاستبراء بعد تمام البيع ولزومه، ولم يعتبر فيه وجوده بعد القبض، وفيه شاهد من مذهبه على ما أخبرته من أن القبض غير معتبر في الاستبراء وإن خالف فيه أصحابنا فجعلوه شرطاً فيه، فإذا وضعت الأمة المشتراة حملها بعد البيع فعلى ضربين:

أحدهما: أن تضعه بعد لزوم البيع بالتفرق ومضى زمان الخيار فيكون استبراء يحل به المشتري.

والضرب الثاني: أن تضعه بعد العقد وقبل التفرق فيكون الاستبراء به مبنياً على

اختلاف أقاويله في انتقال الملك، هل يكون بالعقد وحده أو به؟ وينقضي زمان الخيار.

فإن قيل إن الملك لا ينتقل إلا بهما، وهو المنصوص عليه في هذا الموضع لم يكن وضع الحمل استبراء لوجوده قبل الملك فصار كوجوده قبل البيع، وكذلك لو مر عليها قَـرء بحيض أو بطهر لم يكن استبراء، ولا يدخل بالنفاس في استبراء سواء قيل، إنه بالحيض أو بالطهر، فإذا انقضى نفاسها، فإن قيل إن الاستبراء بالطهر دخلت فيه عند تقضي النفاس، وإن قيل: إنه بالحيض لم تدخل فيه إلا بعد تقضي طهرها وطهور حيضها فهذا حكم وضعها إذا قيل: إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد وتقضي زمان الخيار.

فأما إذا قيل: وما عداه من أن الملك منتقل إلى المشتري بنفس العقد أو موقوف بعلم تقضي الخيار ووجود الملك بنفس العقد كان وضع الحمل استبراءاً لوجوده بعد الملك فصار كوجوده بعد تقضي الخيار فإن كان بدل الولادة قروءاً من حيض أو طهر مر عليها بعد البيع، وقبل التفريق فقد خرجه أبو إسحاق المروزي على وجهين:

أحدهما: يكون استبراء كالحمل، وهو الصحيح.

والوجه الثاني: أنه لا يعتد به من الاستبراء بخلاف الحمل ولا أعرف للفرق بينهما وجهاً إلا أن يفرق بأن الاستبراء بالحمل أقوى وليس بفرق، لأنهما يستويان في حصول الاستبراء بهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً مُكَاتَبَةً فَعَجَزَتْ لَمْ يَطَأْهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا لأَنَّهَا مَمْنُوعَةُ الفَرْجِ مِنْهُ ثُمَّ أُبِيحَ بِالعَجْزِ وَلاَ يُشْبِهُ صَوْمَهَا الوَاجِبَ عَلَيْهَا وَحَيْضَتَهَا ثُمَّ تَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ، لأَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَمَسَّهَا وَيُقَبِّلَهَا وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي الكِتَابَةِ كَمَا يَحْرُمُ إِذَا زَوَّجَهَا وَإِنَّمَا قُلْتُ طُهْرٌ ثُمَّ حَيْضَةٌ حَتَّى تَغْتَسِلَ مِنْهَا لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَلَّ عَلَى أَنَّ الأَقْرَاءَ الأَطْهَار بِقَوْلِهِ فِي ابْنِ عُمَرَ يُطَلِّقُهَا طَاهِراً مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الإِمَاءِ أَنْ يَسْتَبْرِئْنَ بِحَيْضَةٍ فَكَانَتِ الحَيْضَةُ الأُولَى أَمَامَهَا طُهْرٌ كَمَا كَانَ الطُّهْرُ أَمَامَهُ الحَيْضُ فَكَانَ قَصْدُ النَّبِيِّ ﷺ فِي الاسْتِبْرَاءِ إِلَى الحَيْضِ وَفِي العِدَّةِ إِلَى الأَطْهَارِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كاتب أمته ثم عادت إليه بالعجز حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها وكذلك لو ارتد أو ارتدت ثم أسلم أو أسلمت حرمت عليه حتى يستبرئها اعتباراً في هذه المسائل الثلاث بحدوث الإباحة بعد استقرار التحريم.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الاستبراء في المكاتبة إذا عجزت، ولا في المزوجة إذا طلقت، ولا في المرتدة إذا أسلمت اعتباراً ببقاء الملك واستدلالاً بأن طريان التحريم عليه بالكتابة، والتزويج والردة لحدوث التحريم بالصيام، والحيض، والإحرام، وذلك غير موجب للاستبراء لبقاء الملك كذلك لم يزل به الملك؛ ولأن الرهن يمنع من وطئها كالكتابة، ثم لم يلزمه الاستبراء بعد فكاكها من الرهن كذلك لا يلزمه بعد عجزها في الكتابة ودليلنا قول النبي ﷺ: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» فكان على عمومه في كل إباحة حدثت بعد حظر، ولأنه استحدث استباحة يملك بعد عموم التحريم، فوجب أن يلزمه الاستبراء كالتي استحدث ملكها، وخالف ما ذكره من تحريم الصائمة والحائض والمحرمة، لاختصاصه بتحريم الوطء دون دواعيه في الحائض والصائمة والتلذذ بالنظر إلى المحرمة، وتحريم من ذكرناه عام زال به عموم الاستباحة فافترقا، وأما المرهونة فلا يحرم منها دواعي الوطء من القبلة واللمس، واختلف أصحابنا في إباحة وطئها إذا آمن حملها بصغر أو إياس على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يجوز وطؤها.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لا يجوز؛ لأن حبلها غير مأمون، فكان المنع لأجل الحبل إلا لتحريم الوطء، ولو أذن له المرتهن في وطئها جاز، ولو كان محظوراً لم يجز.

فصل: فإذا تقرر هذا الأصل تفرع عليه ما سنوضحه فمن ذلك إذا اشترى أمة مجوسية واستبرأها ثم أسلمت فهي محرمة عليه حتى يستبرئها، لأنها قبل الإسلام محرمة، وبالإسلام حلت فلزمه الاستبراء بعد الإسلام لحدوث الإباحة بعد الحظر كالمرتدة إذا أسلمت ومن ذلك أن يشتري العبد المأذون له في التجارة أمة ويستبرئها فلا يجوز للعبد أن يستمتع بها، لأنه لا يملكها، فأما استمتاع السيد بها فإن لم يكن على العبد دين من ثمنها، ولا من غيره وقت استبرائها حل للسيد وطؤها لوجود الاستبراء بعد استقرار الملك، وإن كان على العبد دين فالسيد ممنوع منها مع بقاء الدين، لأن ما بيد العبد المأذون له في التجارة كالمرهون على دينه، فإذا قضاه قال أصحابنا: هي محرمة عليه حتى يستبرئها، لأنها إباحة حدثت بعد حظر، ولا تعتد بما تقدم من الاستبراء، وعندي: أنه لا يلزمه استبراء، وتحل له بالاستبراء المتقدم لوجوده بعد استقرار الملك، وأن الرهن لا يوجب الاستبراء، وكذلك لا يمنع منه، فأما إذا تزوج الحر بأمة ثم اشتراها بطل نكاحها، وحلت له بالملك من غير استبراء، لأنها انتقلت من إباحة بزوجية إلى إباحة بملك فلم يتخللها حظر فلذلك لم تستبرىء، ولكن لو أراد أن يزوجها بعد ابتياعها لم يجز إلا بعد استبرائها، وبماذا يكون استبراؤها؟ معتبر بحال السيد، فإن كان قد وطئها قبل ابتياعها استبرأت نفسها بقرء واحد استبراء

الإماء، وإن لم يكن السيد قد وطئها بعد ابتياعها استبرأت نفسها .بقرأين عدة أمة، لأنه عن وطء في زوجية والله أعلم بالصواب.

كتاب مُخْتَصَر مَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مِنْ كِتَابِ الرَّضاعِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ وَمِنْ أَحْكَامِ القُرْآنِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِيْمَنْ حَرَّمَ مَعَ القَرَابَةِ ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ وَقَالَ ﷺ «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلاَدَةِ»».

قال الماوردي: أما الرضاع فاسم لمص الثدي وشرب اللبن، وقد كانت حرمته في الجاهلية منتشرة بينهم ومرعية عندهم، حكى محمد بن إسحاق أن هوازن لما سبيت وغنمت أموالهم لحنين قدمت وفودهم على رسول الله ﷺ مسلمين فقام فيهم زهير بن صرد فقال يا رسول الله: إنما في الحظائر عماتك وخالاتك وحواضنك واللائي كنّ يرضعنك ويكفلنك ولو أنّا ملحنا أي أرضعنا الحارث بن أبي شمر، أو «النعمان بن المنذر ثم نزلنا بمثل منزلنا منك رجونا عطفهما وفائدتهما وأنت خير الكافلين ثم أنشأ يقول:

امْنُــن عَلَيْنَــا رَسُــولَ اللَّــهِ فِــي كَــرَم ... فَــإِنَّــكَ الْمَــرْءُ نَــرْجُــوهُ وَنَنْتَظِــرُ
امْنُنْ عَلَـى نِسْـوَةٍ قَـدْ كُنْتَ تـرضعُهَـا ... إِذْ فُـوكُ تملـؤه مِـن مَحْضِهَـا الـدرر
إِنْ لَـمْ تـدراكهَـا نعمـاء نَشْتُـرهَـا ... يَـا أَرْجَـح النَّـاس حلْمـاً حِيـن يُخْتَبَـر
إِنَّــا لَنَشْكُــر للنعمَــى وَإِنْ كفــرت ... وعِنْــدَنَـا بَعْـد هَـذَا الْيَـوْمِ مُـدَّخَـرُ

فقال النبي ﷺ أبناؤكم ونساؤكم أحب إليكم أم أموالكم فقالوا: أخيرتنا بين أموالنا وأحسابنا بل ترد علينا أبناءنا ونساءنا فهو أحب إلينا فقال: إما كان لي ولبني هاشم فهو لكم فرعى لهم رسول الله ﷺ حرمة رضاعه فيهم، وجرى على معهود العرب معهم من إثبات لحرمة النسب، ولا حكم لتحريم ولا محرم ثم روى أبو الطفيل قال: رأيت رسول الله ﷺ يقسم لحماً بالجعرانة إذا أقبلت امرأة فدنت إليه فبسط لها رداءه فجلست عليه فقلت من هذه؟ فقالوا: أمه التي أرضعته.

فدل هذا الخبر على أن المرضعة تكون أماً.

وروى محمد بن إسحاق: أنه كان في سبي هوازن الشيماء بنت الحارث بن عبد العزى أخت رسول الله ﷺ من الرضاعة فعيف بها حتى انتهت إلى رسول الله ﷺ وهي تقول: أنا أخت رسول الله من الرضاعة فقال، وما علامة ذلك قالت عضة عضضتها في ظهري وأنا متوركتك فعرف رسول الله ﷺ العلامة وبسط لها رداءه وأجلسها عليه وخيرها بين المقام عنده مكرمة أو الرجوع إلى قومها ممتعة، فاختارت أن يمتعها وترجع إلى قومها ففعل.

فدل هذا الخبر على أن بنت المرضعة أخت من الرضاعة فثبت من هذين الخبرين أنها كالنسب، وإن لم يثبت حكم النسب إلى أن أنزل الله تعالى ما بيّن به حكم الرضاع في تحريم المناكح تعظيماً لحرمته فقال ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] إلى قوله ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾فسمى المرضعة أماً وبنتها أختاً تأكيداً، لما تقدمت به السنة من الاسم وزيادة عليها في الحكم وحرمتها كتحريم الأم، لأنها أصل في حفظ حياته كما كانت الوالدة أصلاً في إيجاده، وصارت بنت المرضعة أختاً كما كانت بنت الوالدة أختاً، واقتصر على ذكرهما فاحتمل أن يكون تحريم الرضاع مقصوراًعليهما، واحتمل أن يكون متعدياً عنهما إلى السبع المحرمات بالأنساب، فجاءت السنة ببيان ما أريد بالكتاب، فروى الشافعي عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة».

وروى الشافعي عن سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب يحدث أن علي ابن أبي طالب قال: يا رسول الله هل لك في بنت عمك حمزة فإنها أجمل فتاة في قريش فقال: أما علمت أن حمزة أخي في الرضاعة، وإن الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب.

فدلّ هذان الحديثان على أن تحريم الرضاعة كتحريم النسب فالذي يتعلق عليه من أحكام النسب حكمان:

أحدهما: تحريم المناكح لذكره في آية التحريم.

والثاني: ثبوت المحرم في إباحة النظر إليها والخلوة معها.

روي أن عائشة رضي الله تعالى عنها سألت رسول الله ﷺ عن أَفْلَحَ أخى أبي القُعَيْسَ هل يدخل عليها؟ وكانت امرأة أبي قعيس قد أرضعتها فقال: «ليلج عليك، فإنه عمك من الرضاعة»، وقالت عائشة: يا رسول الله إني أسمع صوت رجل في منزلك

عند حفصة فقال: أراه عمها من الرضاعة.

فأما ما عدا هذين الحكمين من الميراث والنفقة والولاية والحضانة وسقوط القود، وتحمل العقل والعتق بالملك والمنع من الشهادة، فإنه مختص بالنسب دون الرضاعة وقد سمى الله تعالى بالأم ثلاثة أصناف من النساء: الوالدة والمرضعة وأزواج رسول الله ﷺ فالوالدة مستوجبة لجميع أحكام النسب، والمرضعة مقصورة على حكمين التحريم والمحرم وفي أزواج الرسول وجهان:

أحدهما: يشاركن المرضعة في التحريم والمحرم.

والثاني: ينفردن بالتحريم دون المحرم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَبَيَّنَتِ السُّنَّةُ أَنَّ لَبَنَ الفَحْلِ يُحَرِّمُ كَمَا تُحَرِّمُ وِلَادَةُ الأَبِ وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا غُلَاماً وَالأُخْرَى جَارِيَةً هَلْ يَتَزَوَّجُ الغُلَامُ الجَارِيَةَ؟ فَقَالَ لَا اللِّقَاحُ وَاحِدٌ وَقَالَ مِثْلَهُ عَطَاءٌ وَطَاوُسُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ فَبِهَذَا كُلِّهُ نَقُولُ فَكُلُّ مَا حَرُمَ بِالوِلَادَةِ وَبِسَبَبِهَا حَرُمَ بِالرَّضَاعِ وَكَانَ بِهِ مِنْ ذَوِي المَحَارِمِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن اللبن يحدث بعد علوق الحمل ليكون غذاء للولد، فإذا كان المولود ولداً للزوجين لحدوثه من مائهما، وجب أن يكون المرتضع ولداً لها لاغتذائه بلبنها؛ لأن اللبن تابع للماء، لأن الماء أصل خلقه، واللبن حافظ لحياته، وإذا كان كذلك نظر في المولود، فإن كان لاحقاً بالواطىء لكونه من نكاح أو ملك يمين أو شبهة واحد منهما تبعه المرتضع في لبنه فكان ولد رضاع للواطىء والمرضعة وإن كان المولود غير لاحق بالواطىء لكونه من زنا صريح تبعه المرضع في انتفائه عن الواطىء، وكان ولد رضاع للمرضعة دون الواطىء فيصير المرتضع تابعاً للمولود في لحوقه وانتفائه فإذا ألحقا بالزوج الواطىء فهو المراد بقول الشافعي إن لبن الفحل يحرم إشارة إلى أن نزول اللبن في ثدي لبن يرضع به ولداً فيصير ولده من الرضاع، فإذا ألحق ولد الرضاع بهما انتشرت الحرمة من جهتهما إليه فهي عامة تتعدى إلى كل من ناسبهما من الآباء والأمهات والبنين والبنات والإخوة والأخوات، فتكون المرضعة أمه وأمهاتها جداته لأم وأباؤها أجداده لأم وأخوتها أخواله، وأخواتها خالاته، وأولادها إخوته، وأخواته فإن كانوا من الزوج فهم لأب وأم وإن كانوا منها دونه، فهم لأم ويكون الزوج الواطىء أباه وآباؤه أجداده لأب وأمهاته جداته لأب، وإخوته أعمامه وأخواته عماته، وأولاد إخوته وأخواته، فإن كانوا من المرضعة فهم لأب وأم، وإن كانوا منها دونها فهم لأب فيحرم من أقارب الرضاع ما يحرم من أقارب

النسب، وأما انتشارها من جهته إليهما فهي مقصورة عليه وعلى ولده وإن سفل دون من علا من آبائه وأمهاته، ودون من شاركه في النسب من إخوته وأخواته فلا يحرم آباؤه وأمهاته ولا أخواته على واحد من أبوي الرضاع، فيكون انتشار الحرمة من جهته أخص، وانتشارها من جهتهما أعم.

والفرق بينهما في عموم الحرمة من جهتهما وخصوصيتها من جهته وهو أن اللبن لهما دونه، وفعل الرضاع منهما لا منه، فكانت جهتهما أقوى فعمت الحرمة وضعفت من جهته فخصت الحرمة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من هذا الأصل الذي عليه مدار الرضاع وبه يعتبر حكماه في التحريم والمحرم فانتشارهما من جهة المرضعة متفق عليه، وانتشارهما من جهة الفحل مختلف فيه، فمذهب الشافعي وما عليه الأكثرون أن ثبوت الحرمة وانتشارها من جهة الفحل في التحريم والمحرم كثبوتها، وانتشارها من جهة المرضعة وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وعائشة رضوان الله عليهم ومن التابعين عطاء، وطاوس، ومجاهد، ومن الفقهاء: أبو حنيفة ومالك والأوزاعي، والليث بن سعد، وأحمد وإسحاق، وذهبت طائفة إلى أن الفحل لا ينتشر عنه حرمة الرضاع، ولا يثبت من جهته تحريم ولا محرم، ويجوز له أن ينكح المرتضعة بلبنه وكذلك ولده من غير المرضعة، وبه قال من الصحابة: ابن عمر، وابن الزبير، ورافع بن خديج رضي الله تعالى عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، ومن الفقهاء النخعي، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، وحماد بن أبي سليمان، والأصم وابن علية، وأبو عبد الرحمن الشافعي، وداود بن علي، وأهل الظاهر وجعله داود مقصوراً على الأمهات والأخوات استدلالاً بقول الله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُم اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] فخصهما بذكر التحريم ثم قال من بعد ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فدل على إباحة من عداهما وادعوا في ذلك إجماع الصحابة، وهو ما روي أن عبد الله بن الزبير خطب زينب بنت أبي سلمة من أمها أم سلمة، لأخيه حمزة بن الزبير، فقالت كيف أزوجها به وهو أخوها من الرضاعة فقال عبد الله ذاك لو أرضعتها الكلبية، وذلك أن عبد الله بن الزبير أمه أسماء بنت أبي بكر، وحمزة بن الزبير أمه الكلبية، وكانت أسماء قد أرضعت زينب بنت أبي سلمة فصارت بزينب أختاً لعبد الله من أبيه وأمه، وأختاً لحمزة من أبيه دون أمه فجعلها عبد الله أختاً لنفسه، ولم يجعلها أختاً لأخيه حمزة، ولا جعل اللبن لأبيه الزبير، وقال لأم سلمة: سلي الصَّحابة، فسألوا، وذلك في أيام الحيرة فأباحوها له، وقالوا: لبن الفحل لا يحرم فزوجت به، وكانت عنده إلى أن مات

فصار إجماعاً، ولأن الفحل لو نزل له لبن فأرضع به ولداً لم يصر له أباً فلأن لا يصير أباً له بلبن غيره أولى، ولأن اللبن لو كان لهما لكان إذا أرضعت به ولداً يكون أجرة الرضاع بينهما، فلما اختصت المرضعة بالأجرة دون الفحل دلّ على أن اللبن لها لا للفحل، ولأن الرضاع لما اختص ببعض أحكام النسب لضعفه وجب أن يختص بالمرضعة لنفسه.

ودليلنا قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] إلى قوله ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ومن الآية دليلان، وينفصل بهما عن استدلالهم بها.

أحدهما: أنه نص على الأمهات تنبيهاً على البنات، ونص على الأخوات تنبيهاً على الخالات والعمات اكتفاء بما تقدم تفصيله.

والثاني: أن قوله «وأخواتكم» عموم يتناول الأخوات من الأم والأخوات من الأب فلم يقتضِ الظّاهر تخصيص أحدهما، فقال النبي ﷺ يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، وتحريم النسب عام في جهة الأبوين فكذلك تحريم الرضاع.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قَالَت دخل عليَّ أفلح أخو أبي قعيس بعد ما نزلت آية الحجاب، فاستترت منه فقال: تستترين مني وأنا عمك، فقالت من أين فقال أرضعتك امرأة أخي فقالت: إنما أرضعتني امرأة ولم يرضعني رجل، فدخل على رسول الله ﷺ وحدثه فقال: إنه عمك فليلج عليك.

وهذا نصّ.

ومن طريق المعنى أن كل من حرم بالنسب حرم بالرضاع كالأم، وهذا مما وافق فيه لفظ السنة معناها، ولأن المولود مخلوق من مائهما، فكان الولد لهما وإن باشرت الأم ولادته فاقتضى أن يكون اللبن الحادث عنه لهما، وإن باشرت الأم رضاعه، وإذا كان اللبن لهما وجب أن تنتشر حرمته إليهما ولأن النبي ﷺ شبه الرضاع في التحريم بالنسب، وأحكام النسب تنقسم ثلاثة أقسام: قسم يختص بعمودي النسب الأعلى وهم الوالدان والأسفل وهم المولودون ولا يتجاوزهما إلى ما تفرع عليهما، وذلك وجوب النفقة وسقوط القود والعتق بالملك والمنع من الشهادة.

وقسم يختص بالنسب إلى حيث ما انتشر وتفرع وذلك الميراث.

وقسم يختص بذي الرحم من ذوي الأرحام، وذلك تحريم المناكح.

فلما لم يلحق الرضاع بالقسم الأول في اختصاصه بعمودي النسب لتحريم الأخوات، ولم يلحق بالقسم الثاني في اختصاصه بما تفرع على النسب لإباحة بنات

الأعمام والعمات ثبت لحوقه بالقسم الثالث في اختصاصه بذي الرحم والمحرم.

فأما الجواب عن ادعائهم الإجماع فقد خالف فيه علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهما ومع خلافهما يبطل الإجماع مع كون القياس معهما به.

وأما الجواب بأن الفَحْل لَو أرضع بلبنه لم يحرم، فهو أنه لبن لم يخلق منه المولود فلذلك لم يتعلق عليه التحريم، وجرى مجرى غيره من الألبان والأغذية، وخالف فيه لبن المرأة المخلوق لغذاء المولود.

وأما الجواب عن قولهم: لو كان اللبن لهما لكانت أجرة الرضاع بينهما فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في أجرة الرضاع إلى ماذا ينصرف على وجهين:

أحدهما: إلى الحضانة والرضاع تبع، فعلى هذا يسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: إلى اللبن والحضانة تبع، فعلى هذا الأجرة مأخوذة على فعل الرضاع، لأنه مشاهد معلوم، وليست مأخوذة ثمناً للبن للجهالة به وفقد رؤيته، ومن أصحابنا من جعلها ثمناً للبن، وجعلها أحق به، وإن اشتركا في سببه، لأنها مباشرة كرجلين اشتركا في حفر بئر فاستقى أحدهما من مائها كان أحق بما استقاه لمباشرته.

وأما الجواب عن قولهم إن اختصاصه ببعض أحكام النسب لضَعْفِه يقتضي اختصاصه ببعض جهاته فهو أنه لما شارك النسب في التحريم وجب أن يشاركه في غير التحريم ويغلب ذلك دليلاً عليهم فيقال لهم: لما كان المرتضع موافقاً للمولود في الرضاع ومفارقاً له في الولادة اقتضى أن يسلب بفقد النسب الواحد ما تعلق لسبب واحد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالرَّضَاعُ اسْمٌ جَامِعٌ يَقَعُ عَلَى المَصَّةِ وَأَكْثَرَ إِلَى كَمَالِ الحَوْلَيْنِ وَعَلَى كُلِّ رِضَاعٍ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ فَوَجَبَ طَلَبُ الدَّلاَلَةِ فِي ذَلِكَ وَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي القُرْآنِ «عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ» ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوُفِّيَ ﷺ وَهُنَّ مِمَّا يَقْرَأُ مِنَ القُرْآنِ فَكَانَ لاَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلاَّ مَنِ اسْتَكْمَلَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ وَعَنِ ابْنِ الزُّبَيْرِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلاَ المَّصتَانِ وَلاَ الرَّضْعَةُ وَلاَ الرَّضْعَتَانِ» (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قُلْتُ لِلشَّافِعِيِّ أَفَسَمِعَ ابْنُ الزُّبَيْرِ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ نَعَمْ وَحَفِظَ عَنْهُ وَكَانَ يَوْمَ سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ابْنِ تِسْعِ سِنِين وَعَنْ عُرْوَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ امْرَأَةَ أَبِي حُذَيْفَةَ أَنْ تُرْضِعَ سَالِماً خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَتَحْرَمُ بِهِنَّ (قال) فَدَلَّ مَا وَصَفْتُ أَنَّ الَّذِي يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ كَمَا جَاءَ القُرْآنُ بِقَطْعِ السَّارِقِ فَدَلَّ ﷺ أَنَّهُ أَرَادَ بَعْضَ السَّارِقِينَ دُونَ بَعْضٍ

وَكَذَٰلِكَ أَبَانَ أَنَّ الْمُرَادَ بِمَائَةِ جِلْدَةٍ بَعْضُ الزُّنَاةِ دُونَ بَعْضٍ لاَ مَنْ لَزِمَهُ اسْمُ سَرِقَةٍ وَزِناً».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في قَدْرِ ما ثبت به تحريم الرضاع على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشَّافعي أنه لا يثبت تحريم الرضاع إلا بخمس رضعات متفرقات ولا يثبت بما دونهما.

وبه قال من الصحابة ابن الزبير، وعائشة.

ومن التابعين سعيد بن المسيب، وطاوس.

ومن الفقهاء: أحمد وإسحاق.

وقال داود: من أهل الظَّاهر أنه يثبت تحريمه بثلاث رضعات.

وبه قال من الصَّحابة: زيد بن ثابت.

ومن الفقهاء أبو ثور.

وقال أبو حنيفة: أنه يثبت تحريمه برضعة واحدة.

وبه قال من الصحابة: علي وابن مسعود وابن عباس، وابن عمر رضي الله تعالى عنهم.

ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، والثوري، والليث بن سعد استدلالاً بقول الله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فحرم أماً أرضعت، والتي أرضعته مرة واحدة يقع هذا الاسم عليها، فوجب أن تحرم، وبهذا احتج ابن عمر على ابن الزبير حين قال: لا تحرم إلا بخمس رضعات، فقال كتاب الله أولى من قضاء ابن الزبير، وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: الرضاعة من المجاعة يعني ما سد الجوعة والرضعة الواحدة تسد الجوعة، وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال «إن اللّه تعالى حرم من الرضاعة ما حرم من النسب» وتحريم النَّسب لا يراعى فيه العدد فكذلك تحريم الرضاع.

ومن القياس أن ما وقع به التحريم المؤبد لم يعتبر فيه العَدد كالوطء وعقد النكاح، ولأنه حكم يتعلق بالشرب فوجب أن لا يعتبر فيه العدد كحد الخمر، ولأن الواصل إلى الجوف يتعلق به الفطر تارة وتحريم الرضاع أخرى، فلما لم يعتبر العدد في الفطر لم يعتبر في الرضاع.

والدليل عليه ما رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ

قال: «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الرضعة ولا الرضعتان».

وروي أيوب عن ابن أبي مليكة عن ابن الزبير عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ لا يحرم المصة ولا المصتان، فروى عن عائشة ما سمع منها.

وروى عن النبي ﷺ ما سمعه منه.

قال المزني: قلت للشافعي أسمع ابن الزبير من النبي ﷺ قال: نعم سمع منه وله تسع سنين، ومعناه أنه مات رسول الله ﷺ ولابن الزبير تسع سنين، لأنه أول من ولد بعد الهجرة من أولاد المهاجرين بعد سنة من قدوم النبي ﷺ المدينة ومن له تسع سنين قد يضبط ما يسمعه ويصح نقله وروايته.

وروت أم الفضل قالت جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال تزوجت امرأتي، وعندي أخرى، وقد ذكرت الأولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين فقال النبي ﷺ لا تحرم الإملاجة أو الإملاجتان. .

وقيل: إن الإملاجة مأخوذة من ملج يملج إذا استحلب اللبن من الثدي، وكل هذه الأخبار الثلاثة نصوص في أن الرضعة الواحدة لا تحرم.

فإن قيل: إنما لم تحرم إذا لم تصل إلى الجوف بعد الحلاب أو بعد مصها من الثدي فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن الرضعة لا تنطلق إلا على ما وصل إلى الجوف بالمص والازدراد.

والثاني: أنه تخصيص يسقط فائدة الخبر، لأنه فرق فيما لم يصل إلى الجوف بين رضعتين وبين مائة رضعة.

والثالث: أنه يحمل على عموم الأمرين فيما وصل إلى الجوف وفيما لم يصل.

فإن قيل: فإن كان نطقه حجة علينا فإن دليله حجة عليكم، لأن نطقه أن الرضعتين لا تحرمان، ودليله أن الثلاثة تحرم وأنتم لا تحرمون إلا بخمس، فصار مذهبكم مدفوعاً بدليله كما دفعتم مذهبنا بنطقه.

قيل قد صح به بطلان مذهبكم، ولو تركنا ودليل نطقه صرنا إليه، وإن لم يلزم المصير إليه عندكم لكن يمنع منه ما ورد فيه من نص منطوق به، وهو ما رواه الشافعي عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت كان فيما أنزل الله تعالى في القرآن عشر رضعات معلومات تحرم ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهُنَّ مما يقرأ في القرآن، فلما أخبرت أن التحريم بالعشر منسوخ بالخمس دل على ثبوت التحريم بالخمس، لأنها دونها ولو

وقع التحريم بأقل منها بطل أن تكون الخمس ناسخاً، وصار منسوخاً كالعشر وهذا خلاف النص ومسقط لتعدي الخمس.

واعترضوا على الاستدلال بهذا الحديث من أربعة أوجه:

أحدها: أن قالوا فيه إثبات لذلك من القرآن وهو خطأ من وجهين:

أحدهما: أنكم أثبتم القرآن بخبر الواحد، والقرآن لا يثبت إلا بإخبار التواتر والاستفاضة.

والثاني: أنه لو كان من القرآن لكان مثبتاً في المصحف متلوفي المحاريب، وذلك غير جائز فلم يجز أن يكون من القرآن.

والجواب عن هذين من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنا أثبتناه من القرآن حكماً لا تلاوة ورسماً والأحكام تثبت بأخبار الآحاد سواء أضيفت إلى السنّة أو إلى القرآن كما أثبتوا بقراءة ابن مسعود «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» حكم التتابع، وإن لم يكتبوا تلاوته فإن استفاض نقله ثبت بالاستفاضة تلاوته وحكمه.

ومثاله: ما نقول في السرقة إذا شهد بها شاهدان ثبت المال والقطع، وإن شهد شاهد وامرأتان ثبت المال، ولم يثبت القطع، لأن بينة القطع مفقودة وبينة المال موجودة كذلك خبر الاستفاضة بينة في إثبات التلاوة، والحكم وخبر الواحد بينة في إثبات الحكم دون التلاوة.

والجواب الثاني: أن هذا منسوخ التلاوة ثابت الحكم فكان وروده بالاستفاضة والآحاد سواء في إثبات حكمه، وسقوط تلاوته كالذي روي عن عمر أنه قال كان فيما أنزل الله «والشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله» ولولا أن يقول الناس زاد عمر في القرآن لكتبتها في حاشية المصحف، ولو كانت من المتلو لكتبتها مع المرسوم المتلو وإنما أراد بكتبتها في الحاشية، لأن لا ينساها الناس ثم لم يفعل لئلا تصير متلوة، لأن المنسوخ ينقسم ثلاثة أقسام:

قسم نسخت تلاوته وحكمه كالذي روي أن رجلاً قام في الليل ليقرأ سورة فلم يقدر عليها ثم سأل آخر عليها فلم يقدر عليها فأتى جميعهم رسول الله ﷺ فأخبروه بذلك، فقال: إنها رفعت الليلة من صدور الرجال.

والقسم الثاني: ما نُسِخَ حكمه وبقيت تلاوته كالوصية للوالدين والأقربين والاعتداد بالحول.

والقسم الثالث: ما نَسَخَتْ تلاوته، وبقي حكمه كالمروي عن عمر في الرجم، وعن عائشة في الرضاع.

والجواب الثالث: أن العشر نسخن بالخمس، إنما هما جميعاً بالسنَّة إلا بالقرآن وإنما أضافت عائشة ذلك إلى القرآن لما في القرآن من وجوب العمل بالسنّة كالذي روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: إن الله لعن الواصلة والمستوصلة في كتابه، فقالت له: امرأة ما وجدت هذا في الكتاب فقال: أليس الله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَمَا أَتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧] ومثله ما حكى عن الشافعي أنه قال: من سألني عن شيء أخبرته من القرآن، فسأله رجل عن محرم قتل زَنْبُوراً فقال: لا شيء عليه، فقال: فأين هذا من كتاب الله فقال: قول الله تعالى ﴿وَمَا أَتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧] وقال النبي ﷺ اقتدوا بالذين من بعدي أي أبي بكر وعمر، وسُئِل عن محرم قتل زُنبوراً، فَقَال: لَا شيء عَلَيْهِ والاعتراض الثاني: إن قالوا فقد روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: كان تحريم الرضاع في صحيفة، فلما توفي رسول الله ﷺ تشاغلنا بغسله فدخل داجن الحي فأكلها، ولو كان ذلك قرآناً كان مَحْرُوساً لقوله تعالى ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: ٩] فَعَنْهُ جوابان:

أحدهما: أن الذي أكله داجن الحي رضاع الكبير وحكمه منسوخ.

والثاني: أنه العشر منسوخ بالخمس، وذلك غير صائر، لأنه محفوظ في صدور الرِّجال قال النبي ﷺ أناجيل أمتي في صدورها، ولو أكلت مصاحف العمر كلها، لم تؤثر في القرآن لحفظه في الصدور.

والاعتراض الثَّالثُ: أنْ قالوا هذا إثبات نسخ بعد وفاة الرسول ﷺ لأنها قالت فتوفي رسول الله ﷺ وهنممن يقرأ في القرآن، وبهذا لا يجوز وعنه جوابان:

أحدهما: أنها روت بعد الرسول نسخاً كان في زمان الرسول وقولها كان مما يقرأ أي مما يعمل به.

والثاني: أنه كان يقرأ بعد رسول لإثبات حكمه لا لإثبات تلاوته، فلما ثبت حكمه تركت تلاوته.

والاعتراض الرابع: أن فيه إثبات نسخ بخبر واحد، والنسخ لا يكون إلا بإخبار التواتر، وعنه جوابان:

أحدهما: أن الطريق الِتي يثبت بها خبر المنسوخ ثبت بها خبر الناسخ فلم يجز أن يجعل حجة في إثبات المنسوخ دون الناسخ.

والثاني: أنه ليس ذلك نسخاً بخبر الواحد، وإنما هو نقل نسخ بخبر الواحد ونقل النسخ بخبر الواحد مقبول فعلمت عائشة العشر ونسخها بالخمس فروتها ورجعت إلى الخمس، وعلمت حفصة العشر، ولم تعلم نسخها بالخمس فبقيت على الحكم الأول في تحريم الرضاع بالعشر دون الخمس، ومن الدليل على ما ذهبنا إليه ما روي أن سهلة بنت سهيل بن عمرو كانت زوجة أبي حذيفة أتت رسول الله ﷺ وقالت يا رسول الله: إن سالماً كنا نراه ولداً، وكان يدخل عَلَيَّ وأنا فضل، وقد نزل من التبني والحجاب ما قد علمت فماذا تراني، فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه خمساً يحرم بهن عليك»، ومنه دليلان:

أحدهما: قوله «يحرم بهن عليك» فلم يجز أن يحرم بما دونها لما فيه من إبطال حكمه في وقوع التحريم بالخمس.

والثاني: أن رضاع سالم حال ضرورة يوجب الاقتصار على ما تدعو إليه الضَّرورة ولو وقع التحريم بأقل مِنْهَا لاقتصر عليه، فإن قالوا: هذا وارد في رضاع الكبير ورضاعه منسوخ فلم يجز التعلق به، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه يشتمل على حكمين:

أحدهما: أنه رضاع الكبير.

والثاني: عَدد ما يقع به التحريم، ونسخ أحد الحكمين، لا يوجب سُقوط الآخر، كما قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ﴾ [النساء: ١٥] فاشتملت على حكمين.

أحدهما: عدد البينة في الزنا.

والثاني: إمساكهن في البيوت إلى الموت حداً في الزنا ثم نسخ هذا الحد، ولم يوجب ذلك سقوط عدد البينة.

والثاني: أن رضاع الكبير حرم عند جواز التبني، لأن سلمة وأبا حذيفة تبنياً سالماً، وكان التبني مباحاً، وكانا يريان سالماً ولداً فلما حرم التبني، ونزل الحجاب حرمه رسول الله ﷺ بالرضاع عن تبنيه المباح لِيَعُود به إلى التبني الأوّل فلما نسخ الله تعالى حكم التبني بقوله تعالى ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] سقط ما يتعلق به من رضاع الكبير، لأن الحكم إذا تعلَق بسبب ثبت بوجوده وسقط بعدمه فصار رضاع الكبير غير

محرم لعدم سببه لا لنسخه، وقد جاء الشرع بمثل ذلك في مواضع منها فسخ الحج إلى العمرة أمر به النبي ﷺ عند نفورهم من العمرة في أشهر الحج. فأمرهم بفسخ الحج بالعمرة، وهذا أعظم من استئناف الإحرام بالعمرة، وليزول من نفوسهم ما استنكروه فلا ينفروا منه وهذا المعنى قد زال لاستقراره في النفوس فزال به فسخ الحج، لو لم يحكم بقليله وكثيره.

فصل: وأما داود ومن وافقه في أن التحريم لا يصح إلا بثلاثة معان فاستدلوا بقول النبي ﷺ «لا تحرم الرَّضْعَة ولا الرضعتان» فكان دليله أن الثالثة تحرم وفيما ذكرناه من الأخبار في تعليق التحريم بالخمس ما يمنع من وقوع التحريم بما دون الخمس، وقوله ﷺ «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان» مدفوع الدليل بما رويناه من النص، وجرى مجرى قوله ﷺ «إنما الرّبا في النسيئة» ويدل على أن جواز الرّبا في النقد، ثم هو مدفوع بالنصوص الواردة فيه، ويكون قوله ﷺ «لا تحرم الرَّضْعة ولا الرضعتان» جارياً على السؤال عن ذلك، وقد رويناه عن أم الفضل والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ أَبَانَ أَنَّ الْمُرَادَ بِتَحْرِيمِ الرَّضَاعِ بَعْضُ الْمُرْضِعِينَ دُونَ بَعْضٍ وَاحْتَجَّ فِيمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِسَهْلَةَ بِنْتِ سَهِيْلٍ لَمَّا قَالَتْ لَهُ كُنَّا نَرَى سَالِماً وَلَداً وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيَّ وَأَنَا فَضْلٌ وَلَيْسَ لَنَا إِلاَّ بَيْتٌ وَاحِدٌ فَمَاذَا تَأْمُرنِي فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ فِيمَا بَلَغَنَا «أَرْضِعِيْهِ خَمْسَ رَضْعَاتٍ فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا» فَفَعَلَتْ فَكَانَتْ تَرَاهُ ابْنَاً مِنَ الرَّضَاعَةِ فَأَخَذَتْ بِذَلِكَ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِيمَنْ أَحَبَّتْ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ وَأَبَى سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرَّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ وَقُلْنَ مَا نَرَى الَّذِي أَمَرَ بِهِ ﷺ إِلاَّ رُخْصَةً فِي سَالِمٍ وَحْدَهُ وَرَوَى الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَتْ فِي الحَدِيثِ هُوَ لِسَالِمٍ خَاصَّةً (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَإِذَا كَانَ خَاصًّا فَالخَاصُّ مُخْرجٌ مِنَ العَامِّ وَالدَّلِيْلُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ فَجَعَلَ الحَوْلَيْنِ غَايَةً وَمَا جَعَلَ لَهُ غَايَةً فَالحُكْمُ بَعْدَ مُضِيِّ الغَايَةِ خِلاَفُ الحُكْمِ قَبْلَ الغَايَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَالمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ﴾ فَإِذَا مَضَتِ الأَقْرَاءُ فَحُكْمُهُنَّ بَعْدَ مُضِيِّهَا خِلاَفُ حُكْمِهِنَّ فِيهَا (قال المزني) وَفِي ذَلِكَ دَلاَلَةٌ عِنْدِي عَلَى نَفْيِ الوَلَدِ لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ بِتَأْقِيتِ حَمْلِهِ وَفِصَالِهِ ثَلاَثِينَ شَهْراً كَمَا نَفَى تَوْقِيتَ الحَوْلَيْنِ الرَّضَاعُ لأَكْثَرَ مِنْ حَوْلَيْنِ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَكَانَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لاَ يَرَى رَضَاعَ الكَبِيرِ يُحَرِّمُ وَابْنُ مَسْعُودٍ وابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَقَالَ

أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لاَ يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلاَّ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ».

قال الماوردي: وذهب أكثر الفقهاء إلى أن رضاع الكبير لا يحرم وقالت عائشة: رضاع الكبير يحرم كرضاع الصغير، وبه قال من الفقهاء الأوزاعي ويشبه أن يكون قول أهل الظاهر احتجاجاً بقول النبي ﷺ لَسَهْلة بنت سهيل أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن عليك، وكان سالم كبيراً، وكانت عائشة رضي الله تعالى عنها إذا أحبت أن يدخل عليها من الرجال أحد أمرت أختها أم كلثوم أو غيرها من بنات أخوتها وبنات أخواتها أن ترضعه خمس رضعات يصير بهن محرماً، وخالفتها أم سلمة، وسائر أزواج النبي ﷺ في ذلك قلن ما نرى رضاع الكبير إلا رخصة في سالم وحده.

والدليل على أن رضاع الكبير لا يحرم قول الله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٢٣] فجعل تمام الرضاع في الشرع مقدراً بحولين فاقتضى أن يكون حكمه في الشرع بعد الحولين مخالفاً لحكمه في الحولين، وحكمه في الشرع هو التحريم.

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: لا رضاع بعد الحولين نفياً لتحريمه لا لجوازه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال لا رضاع بعد فطام، يعني لا تحرم رضاع بعد انقضاء زمانه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: الرضاعة من المجاعة وما سَدَّ الجوعة والكبير لا يسد الرضاع جوعته فَلَمْ يثبت له فيه حكم.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال «الرَّضَاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم وروى الرضاعة ما فتقت الأمعاء وأثبتت اللحم، وهذا لا يكون إلا في الصغير، وقد مضى الجواب عن حديث سالم في اختصاصه بالرضاع في الكبير دون الصغير.

فصل: فإذا ثبت أن تحريم الرضاع مختص بالصغير دون الكبير، فقد اختلف الفقهاء في حد تحريمه على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه محدد بحولين، فإن وجد بعد الحولين بيوم لم يحرم، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

والمذهب الثاني: ما قاله مالك في إحدى رواياته أنه يحرم بعد الحولين بشهر فجعل زمانه محدداً بخمسة وعشرين شهراً.

والمذهب الثالث: ما قاله أبو حنيفة أنه يحرم بعد الحولين بستة أشهر فجعل زمانه محدداً بثلاثين شهراً.

والمذهب الرابع: ما قاله زفر بن الهذيل أنه يحرم إلى ثلاثة أحوال محددة بستة وثلاثين شهراً استدلالاً بعموم قول الله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ويقول النبي ﷺ «الرضاعة من المجاعة»، ولأنها من يعتد فيها بالرَّضاع فوجب أن يثبت فيها التحريم كالحولين.

ودَليلنا قوله تعالى ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وما حد في الشرع إلى غاية كان ما عداها بخلافها كالأقراء، وهذه دلالة الشافعي.

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ «لا رضاع بعد فصال» والفصال في الحولين لقول الله تعالى ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف: ١٥] وقد ثبت أن أقل الحمل ستة أشهر فدل على أن الباقي هو الفصال، ولأنه حول لا يثبت حكم الرضاع في آخره فوجب أن لا يثبت حكمه في أوله كالحول الرابع طرداً، والثاني عكساً، ولأن الحد إذا علق بالحول ولم يبلغ به الكمال قطع على التمام كالحول في الزكاة.

فأما الاستدلال بعموم الآية والخبر فمخصوص بما ذكرناه.

وأما قياسهم على الحولين ففاسد بالشهر السابع يتغذى فيه باللبن، ولا يقع به التحريم ثم المعنى في الحولين أنه لما وقع التحريم بالرضاع في آخره وقع بالرضاع في أوله وخالف الثالث.

فصل: فإذا ثبت تحديد تحريمه بالحولين فلا فرق بين أن يستغني فيها بالطعام عن الرضاع أم لا.

وقال مالك: إنما يثبت تحريم الرضاع إذا كان محتاجاً إليه غير مستغن بالطعام عنه.

وهذا فاسد، لأن تقدير الرضاع بالحولين يقتضي أن يكون معتبراً بالزمان دون غيره، ولأن تعلقه بالحولين نص، واستغناؤه بالطعام اجتهاد، وتعليق الحكم بالنص أولى من تعليقه بالاجتهاد، ولأن اعتباره بالحولين علم واعتباره بالاستغناء خاص واعتبار ما عم أولى من اعتبار ما خص.

فصل: قال المزني: «وفي ذلك دلالة عندي على نفي الولد لأكثر من سنتين بتأقيت حمله وفصاله ثلاثين شهراً كما نفي توقيت الحولين للرضاع لأكثر من حولين».

والذي أراده المزني بهذا الفصل أن يحتج به فيما ذهب إليه من أكثر الحمل أنه

مقدر بسنتين كالرضاع فلا يلحق به إذا ولد لأكثر من ذلك كما لا يحرم بالرضاع بعد الحولين قال: لأن الله تعالى قال ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف: ١٥] فجعل مدتها ثلاثين شهراً فوجب أن تكون مدة كل واحد منهما أقل من ثلاثين شهراً، وهذا الذي ذكره المزني فاسد؛ لأنه لا يجوز أن يكون ما قدره بثلاثين شهراً مدة لأكثرهما لزيادتهما على هذا التقدير بإجماع، ولا مدة لأقلهما بالإجماع، لأن أقل الرضاع غير محدد، ولا مدة لأكثر الحمل وأقل الرضاع، لأن أقل الرضاع غير ممدود فلم يبق إلا أن يكون مدة لأكثر الرضاع، وأقل الحمل وأكثر الرضاع مقدر بحولين فكان الباقي بعدهما مدة أقل الحمل، وهو ستة أشهر، فلم يكن في ذلك دليل على مدة أكثر الحمل، وإنما جمع بين مدتي أكثر الرضاع وأقل الحمل تنبيهاً على حقوق الأمهات ووجوب حق الوالدين ليعلم من ولد لأكثر من ستة أشهر أن حق والدته أكثر وشكرها أعظم كما قال ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ﴾ [الإسراء: ٢٣] فخصص التأفيف بالتحريم ليدل على أن تحريم الضرب والشتم أغلظ ولم يذكر أول الرضاع، لأن لا تقتصر الأمهات عليه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إلاَّ خَمْسُ رَضْعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ كُلُّهُنَّ فِي الحَوْلَيْنِ قَالَ وَتَفْرِيقُ الرَّضْعَاتِ أَنْ تُرْضِعَ المَوْلُودُ ثُمَّ تَقْطَعُ الرَّضَاعَ ثُمَّ تُرْضِعَ ثُمَّ تَقْطَعَ كَذَلِكَ فَإِذَا رَضَعَ فِي مَرَّةٍ مِنْهُنَّ مَا يُعْلِمُ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ مَا قَلَّ مِنْهُ وَمَا كَثُرَ فَهِيَ رَضْعَةٌ وَإِنْ الْتَقَمَ الثَّدْيَ فَلَهَا قَلِيلاً وَأَرْسَلَهُ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ كَانَتْ رَضْعَةً وَاحِدَةً كَمَا يَكُونُ الحَالِفُ لَا يَأْكُلُ بِالنَّهَارِ إِلاَّ مَرَّةً فَيَكُونَ يَأْكُلُ وَيَتَنَفَّسُ بَعْدَ الازْدِرَادِ وَيَعُودَ يَأْكُلُ فَذَلِكَ أَكْلُ مَرَّةٍ وَإِنْ طَالَ وَإِنْ قَطَعَ قَطْعاً بَعْدَ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ ثُمَّ أَكَلَ حَنَثَ وَكَانَ هَذَا أَكْلَتَيْنِ وَلَوْ أَنْفَدَ مَا فِي إِحْدَى الثَّدْيَيْنِ ثُمَّ تَحَوَّلَ إِلَى الأُخْرَى فَأَنْفَدَ مَا فِيهَا كَانَتْ رَضْعَةً وَاحِدَةً».

قال الماوردي: ومنها قوله ﷺ لعائشة رضي الله تعالىعنها «اشتريواشترطي لهم الولاء» ثم شرط الولاء، وصحح الشراء ليستقر في نفوسهم المنع من اشتراط الولاء في البيع، ومع استقراره فالبيع باشتراطه باطل ولو لم يستقر لأجيز البيع حتى يستقر، فصارت هذه الأحكام مرتفعة لزوال أسبابها لا لنسخها، وهذا قول حكاه المروزي، وبعض أصحابنا واختاره ابن أبي هريرة.

والدليل من طريق المعنى أن كل سبب رفع به التحريم المؤبد إذا عرى عن جنس الاستباحة افتقر إلى العدد كاللِّعان وما لم يعر عن جنس الاستباحَةِ لم يفتقر إلى العدد كالنكاح والوطء، ولأنه شرب لا يعدوه في العرف فوجب أن لا يقع بِهِ التَّحْرِيم كَرَضَاع الكَبِيرِ، ولأن ما يقع به التحريم نوعان: أقوال وأفعال، فلما كان من الأقوال ما يفتقر

إلى العددِ، وهو اللِّعان وجب أن يكون من الأفعال ما يفتقر إلى العدد، وهو الرضاع.

وتحريره: أنه أحد فرعي التحريم فوجب أن يكون منه ما يفتقر إلى العدد كالأقوال، ولأن وصول اللبن إلى الجوف إذا عرى عن عدد لم يقع به التحريم كالحقنة والسَّعْطَةِ فإن أكثرهم يوافق عليه.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: وهو محكى عن ابن أبي هريرة أن قوله ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] يقتضي إثباتها أماً أولاً ثم ترضع فتحرم، وليس في عموم الآية ما يدل على إثباتها أماً، ولو قال واللاتي أرضعنكم هن أمهاتكم صح لهم استعمال العموم.

والثاني: أنه لا فرق بين تقدم الوصف للموصوف وتأخره في استعماله على عمومه ما لم يرد تخصيص، وقد خصه ما رويناه من الأخبار التي قصد بها قدر ما يقع به التحريم وقول ابن عمر قضاء الله أولى من قضاء ابن الزبير فهو كما قال: ونحن إنما خصصناه برواية ابن الزبير لانقضائه.

وأما الجواب عن الأخبار فمن وجهين:

أحدهما: أن قوله «الرضاعة من المجاعة» يدفع أن تكون المصة محرمة، لأنها لا تسد جوعه.

والثاني: أنها أخبار قُصِدَ بِهَا تحريم الرضاع، وأخبارنا قصد بها عدد الرضاع فاقتضى أن يكون كل واحد منهما محمولاً على ما قُصِدَ به.

وأما قياسهم على النكاح والوطء فَالمَعْنَى فيه أنه تحريم لم يرد عَنْ جِنْسِ الاستباحة وأما قياسهم على الحد في الشرب فالمعنى فيه أن المشروب محرم فلم يعتبر فيه العدد واستوى حكم قليله وكثيره، والرضاع يحدث عنه التحريم فافترق حكم قليله وكثيره.

وأما استدلالهم بالفطر فمعناه مخالف لمعنى الرضاع، لأن الفطر يقع بما وصل إلى الجوف على أي صفة كان، ولذلك لو خرج جائفه أفطر بها، والرضاع يحرم إذا غذى وأنبت اللحم وأنشز العظم فافترق أكلتين ولو أنفد ما في إحدى الثديين ثم يَحول إلى الأخرى فأنفد ما فيها كانت رضعة واحدة، وهذا كما قال: لأن تحريم الرضاع إذا كان محدداً بخمس رضعات وجب تحديد الرضعة وتقديرها والمقادير تؤخذ من أحد ثلاثة أوجه: من شرع أو لغة أو عرف، وليس له في الشرع واللغة حد فوجب أن يؤخذ من جهة العرف، والعرف في الرضعة أنها ما اتصل شربها ثم انفصل تركها، فإن تخلل

فترة الانقطاع نفس أو لهث أو لازدراد ما اجتمع في فمه أو لاستمراء ما حصل في فمه حلقه ثم عاود الثدي مرتضعاً، فهي رضعة واحدة، لأن العرف في الرضعة أن يتخللها فترات واستراحة ولهث كمن حلف لا يأكل إلا مرة مقتر في أكله لقطع نفس أو ازدراد أو لهث ثم عاود الأكل كانت أكلة واحدة ولم يحنث، وهكذا لو انتقل الطفل من أحد الثديين إلى الآخر كانت رضعة واحدة كما انتقل الحالف من لون إلى لون لم يحنث، ولو ترك الثدي وقطع الرضعة لغير سبب، ثم عاود مرتضعاً نظر في زمان الفترة، فإن قلّ فهي رضعة وإن طال فهي رضعتان وكذلك حكم الحالف إذا قطع ثم عاوده.

فصل: وَيَتفرعَ عَلَى هَذَا التقرير فرعان:

أحدهما: أن يَلْتَقِم الثَّدي ويمصه فيخرج الثَّدي مِنْ فَمه ويقطع عليه رضاعه فقد اختلف أصحابنا في هذا القطع، هل يستكمل به الرضعة أم لا على وجهين:

أحدهما: أن الرضعة لم تكمل حتى يقطعها باختياره ولا يحتسب بها من الخمس لعدم كمالها كمن حلف لا يأكل إلا مرة فقطع عليه الأكل بغير اختياره ثم عاود الأكل بعد تمكينه لم يحنث.

والوجه الثاني: أنها تكون رضعة كاملة يحتسب بها من الخمس، لأن الرضاع يعتبر فيه فعل المرضعة والمرضع على الانفراد ولا يعتبر اجتماعهما عليه، لأنه لو ارتضع منها وهي نائمة كان لها رضاعاً وإن لم يكن لها فعل، ولو أوجرته لبنها، وهو نائم كان رضاعاً وإن لم يكن له فعل.

والفرع الثاني: وهو أن يرتضع من كل واحدة من امرأتين أربعاً أربعاً ثم يرضع الخامسة من إحداهما ثم يعدل عن ثدييها إلى ثدي الأخرى فترضعه، ففي تحريمها عليه وجهان:

أحدهما: لا يحرم عليه واحدة منهما لأن الرضعة الخامسة مشتركة بينهما، فكان لكل واحدة منهما بعضها فلم تكمل بها الخامسة كما لو انتقل الحالف من مائدة إلى أخرى.

والوجه الثاني: قد حرمتا عليه، ويعتد بما شربه من كل واحدة منهما رضعة كاملة، لأنه قطع ثديها تاركاً له فلم يقع الفصل في تركه بين إمساكه وارتضاعه من غيره ويتفرع على هذا الفرع أن يحلب لبناً في إناء يمتزج فيه لبنهما ثم يشربه الطِّفْلُ في رفعة واحدة فلا تعتد به على الوجه الأول واحدة مِنْهُمَا، ويعتد به على الوجه الثاني لكل واحدة منهما رضعة كاملة والله أعلم بالصَّواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالوُجُورُ كَالرَّضَاعِ وَكَذَلِكَ السُّعُوطُ لأَنَّ الرَّأْسَ جَوْفٌ».

قال الماوردي: وأما الوجور فهو صب اللبن في حلقه، وأما السعوط فهو صب اللبن في أنفه واختلف الفقهاء في تحريم الرضاع بهما إذا وصل اللبن بالوجور إلى جوفه، وبالسعوط إلى دماغه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي إن التحريم بهما ثَابِتٌ كالرضاع.

والثاني: وهو مذهب عطاء، وداود أنه لا يثبت تحريم الرضاع بهما لقوله تعالى ﴿**وَأُمَّهَاتُكُم اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣].

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة أن التحريم ثبت بالوجور، ولا يثبت بالسعوط لقول النبي ﷺ «الرضاعة من المجاعة» والوجور يحصل به الاعتداد لوصوله إلى الجوف، والسعوط لا يحصل به الاعتداد، لأنه لم يصل إلى الجوف فأشبه الحقنة، والدليل عليها في الوجور قول النبي ﷺ «الرضاع من المجاعة» والوجور يحصل به الاعتداد لوصوله إلى الجوف، والسعوط لا يحصل به الاعتداد ما أنبت اللحم وأنشر العظم، وهذا موجود في الوجور، ولقول النبي ﷺ في سالم «أرضعيه خمساً يحرم بِهِنَّ عَلَيْكَ» ومعلوم أنه لم يرد ارتضاعه من الثدي بتحريمه عليه فثبت أنه أراد الوجور.

والدليل على أبي حنيفة في السعود قول النبي ﷺ للقيط بن صبرة بالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً، لأن لا يصير بالمبالغة ووصول الماء إلى الرأس مفطراً كوصوله إلى الجوف كذلك الرضاع، ولأن ما أفطر باعتدائه من لبنها أثبت تحريم الرضاع في زمانه كالرضاع فأما قوله تعالى ﴿**وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾، فهذا يتناول الرضاع اسماً ومعنى.

وأما الحقنة ففيها قولان:

أحدهما: ثبت بها تحريم الرضاع فيسقط الاستدلال.

والثاني: لا يثبت بها تحريم الرضاع وإن أفطر بها الصائم، لأن تأثير الاعتداء في السعوط والوجور، وتأثيره في الحقنة غير موجود.

فإذا ثبت ما ذكرناه فلا فرق في الخمس بين أن تكون كلها رضاعاً أو كلها سعوطاً أو كلها وجوراً أو بعضها رضاعاً، وبعضها سعوطاً أو بعضها وجوراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حُقِنَ بِهِ كَانَ فِيْهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ

جَوْفٌ وَذَلِكَ أَنَّهَا تُفْطِرُ الصَّائِمَ وَالآخَرُ أَنَّ مَا وَصَلَ إِلَى الدِّمَاغِ كَمَا وَصَلَ إِلَى المَعِدَةِ لأَنَّهُ يغتذي مِنَ المَعِدَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْحُقْنَةُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ جَعَلَ الْحُقْنَةَ فِي مَعْنَى مَنْ شَرِبَ المَاءَ فَأَفْطَرَ فَكَذَلِكَ هُوَ فِي الْقِيَاسِ فِي مَعْنَى مِنْ شُرْبِ اللَّبَنِ وَإِذْ جَعَلَ السَّعُوطَ كالوُجُورِ لأَنَّ الرَّأْسَ عِنْدَهُ جَوْفٌ فَالْحقْنَةُ إِذَا وَصَلَتْ إِلَى الجَوْفِ عِنْدِي أَوْلَى وَبِاللَّهِ التَّوْفِيْقُ».

قال الماوردي: والحقنة باللبن أن توصل إلى دبره، وفي ثبوت التحريم به قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني وبه قال محمد بن الحسن أنه يثبت به التحريم كالسعوط لأمرين:

أحدهما: أنه في إفطار الصائم به كالسعوط، وكذلك في تحريم الرضاع بمثابته.

والثاني: أنه لما كان السعوط كالوجور، لأن الرأس جوف، والواصل من الدبر، واصل إلى الجوف فكان بالتحريم لهذه العلة أحق.

والقول الثاني: وبه قال أبو حنيفة أنه لا يثبت به التحريم لأمرين:

أحدهما: لقول النبي ﷺ «الرَّضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم» وهذا معدوم في الحقنة، لأنه لا يصل إلى محل الغذاء للإسهالِ وإخراج ما في الجوف فخالفت حكم ما يصل إلى الجَوْفِ».

مسألة: **قَالَ المزني** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَدْخلَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى مَنْ قَالَ إِنْ كَانَ مَا خَلَطَ بِاللَّبَنِ أَغْلَبَ لَمْ يَحْرُمْ وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ الأَغْلَبُ حَرُمَ فَقَالَ أَرَأَيْتَ لَوْ خَلَطَ حَرَاماً بِطَعَامٍ وَكَانَ مُسْتَهْلِكاً فِي الطَّعَامِ أَمَا يَحْرُمُ فَكَذَلِكَ اللَّبَنُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا شيب اللبن بمائع اختلط به من ماء أو خل أو خمر ثبت به التحريم غالباً كان أو مغلوباً، وكذلك لو شُيِبَ اللبن بجامد كالدقيق والعصيد فأكله ثبت به التحريم غالباً كان أو مغلوباً.

وقال أبو حنيفة إن اختلط بمائع نشر الحرمة إن كان غالباً، ولم ينشر الحرمة إن كان مغلوباً، وإن اختلط بجامد لم ينشر الحرمة سواء كان غالباً أو مغلوباً.

وقال أبو يوسف ومحمد: نشر الحرمة إذا كان غالباً سواء اختلط بمائع أو بجامد، ولا ينشر الحرمة إن كان مغلوباً وحكى المزني نحوه استدلالاً على اعتبار

الغلبة، فإن اللَّبن إذا كان مغلوباً صار مستهلكاً بما غلب عليه، وزال عنه الاسم، وارتفع عنه الحكم.

أما زوال اسمه فلأن رجلاً لو حلف لا يشرب اللبن فغلب عليه الماء لم يحنث بشربه.

وأما ارتفاع حكمه فلأن الخمر لو كان مغلوباً في الماء لم يجب الحد بشربه، ولو كان الطيب مغلوباً في الماء لم يفدِ المحرم باستعماله، فإذا زال عن المغلوب اسمه، وحكمه لم يجز أن يثبت بمغلوب اللَّبَن تحريم الرضاع لما فيه من ذهاب اسمه وحكمه ودليلنا هو أن تحريم اللبن إذا كان خالصاً يتعلق به فتعلق به إذا كان مختلطاً قياساً عليه إذا كان غالباً، ولأن كل ممازجة تسلب حكم اللبن إذا كان غالباً لم تسلب حكمه إذا كان مغلوباً.

دليله إذا خلط لبن آدمية بلبن بهيمة فإنهم يوافقون على ثبوت التحريم، وإن كان لبن البهيمة أكثر، ولأن كل ما تعلق به التحريم غائباً تعلق به مغلوباً كالنجاسة في قليل الماء، ولأن اختلاط اللبن بالماء قبل دخوله فمه كاختلاطه به في فمه، ولو اختلط به في فمه ثبت به التحريم وإن كان مغلوباً كذلك إذا اختلط قبل دخوله فمه.

فأما استدلالهم بزوال اسمه الموجب لارتفاع حكمه، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن مُطلق الاسم يتناول الخالص دون الغالب ثم لا يقتضي زوال الاسم عنه إذا كان غالباً من وقوع التحريم به كذلك إذا كان مغلوباً.

والثاني: أن الحكم متعلق بالمعنى دون الاسم، والمعنى حصول اللبن في جوفه، وقد حصل بالامتزاح غالباً ومغلوباً كالنجاسة إذا غلب الماء عليها ثبت حكمها مع زوال اسمها.

فأما سقوط الحد بمغلوب الخمر دون غالبه، فلأن الحدود تدرأ بالشبهات.

فأما سقوط الفدية بمستهلك الطيب في الماء فلزوال الاستمتاع به.

وأما سقوط الكفارة عن الحالف فلأن الأيمان محمولة على العرف.

فصل: فإذا تقرر التحريم باللبن المشوب غالباً ومغلوباً، فلا يخلو أن يشرب جميع المشوب أو بعضه، فإن شرب جميع المشوب باللبن ثبت به التحريم، وإن شرب بعضه لم يخل أن يعلم اختلاط اللَّبن بجميعه أو لا يعلم، فإن لم يَعْلَم اختلاط اللبن بجميعه كقطرة من لبن وقعت في جب من ماء فشرب الطفل من ذلك الماء لم يثبت به تحريم الرضاع، لأن التحريم لا يثبت بالشك وإن عَلِمَ اختلاط اللبن بجميعه كأوقية من

لبن مزجت بأوقيتين من ماء حتى لم يتميز الماء من اللبن، فحكم جميعه في حكم اللبن تغليباً لحكم التحريم فأي شيء شربه من ذلك المشوب من قليل وكثير ثبت به التحريم.

فصل: وإذا امتزج لبن امرأتين ثم شربه المولود ثبت به تحريمهما عليه سواء تساوى لبنهما أو غلب لبن إحداهما.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يختص التحريم بأغلبهما لبناً بناء على أصلهما في اعتبار الأغلب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ جَبُنَ اللَّبَنُ فَأَطْعَمَهُ كَانَ كَالرَّضَاعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا جبن اللبن أو أغلاه بالنار تعلق به التحريم.

وقال أبو حنيفة: لا يتعلق به التحريم استدلالاً بقول الله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذا مفقود في المجبن والمغلى، ولأن زوال اسم اللبن موجب لارتفاع حكمه بناء على ما قاله في المشوب.

ودليلنا قول النبي ﷺ «الرضاعة من المجاعة» وهذا أبلغ في سد المجاعة من مائع اللبن فوجب أن يكون أخص بالتحريم، ولأن ما تعلق به التحريم مائعاً تعلق به جامداً كالنجاسة والخمر، ولأن انعقاد أجزائه لا يمنع من بقاء تحريمه كما لو ثخن، ولأن تغيير صفته لا توجب تغيير حكمه كما لو حمض وقد مَضَى الجواب عما استدل به.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُحْرِمُ لَبَنُ البَهِيْمَةِ إِنَّمَا يُحْرَمُ لَبَنُ الآدَمِيَّاتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿وَأُمَّهَاتُكُم اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ وَقَالَ ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

قال الماوردي: إذا ارتضع رجلان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين، ولم يتعلق بلبنها تحريم.

وقال بعض السلف وأضيف ذلك إلى مالك، وقد أنكره أصحابه أن لبن البهيمة يحرم ويصيرا بلبنها أخوين استدلالاً باجتماعهما على لبن واحد فوجب أن يصيرا به أخوين كلبن الآدميات.

ودليلنا قول الله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ والبهيمة لا تكون بارتضاع لبنها أمّا محرمة كذلك لا يصير المرتضعان بلبنها أخوين، لأن الأخوة فرع من الأبوة، ولأن الرضاع يلحق بالنسب فلما لم يثبت النسب إلا من جهة الأبوين وجب أن لا يثبت الرضاع إلا من جهتهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ وَلَوْ حُلِبَ مِنْهَا رَضْعَةٌ خَامِسَةٌ ثُمَّ مَاتَتْ فَأَوْجَرَهُ صَبِيٌّ كَانَ ابْنَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأمرين:

أحدهما: أن موتها بعد حلب اللبن في الإناء كونها بعد اجتماع اللبن في فمه، لأن فمه كالإناء فلما كان موتها بعد اجتماع اللَّبن في فمه وقبل ازدراده ثبت بالتحريم إذا ازدرده كذلك إذا ماتت بعد حلب اللبن في الإناء فوجب التحريم إذا شربه.

والثاني: أن الرضاع معتبر بشيئين:

أحدهما: من جهة المرضعة، وهو خروج اللبن من ثديها.

والثاني: ولوجه في جوف المرتضع فاعتبرنا حياة كل واحد منهما فيما يختص به ولم يعتبرها فيما يختص بصاحبه كالجارِحِ رَجُلاً إذا مات قبل المجروح كَانَ مأخوذاً بديته إذا مات مِنْ جِرَاحته كمرسل السَّهم إذا مات قبل وصول السهم إلى المرمى ثم وصل السهم إليه، فمات كان الرَّامي مأخوذاً بديته، وإن كان وصول السهم بعد موته لوجود الإرسال في حياته، وكالحافر بئراً إذا تلف فيها إنسان بعد موت حافرها كان مأخوذاً بديته فيما خلفه من تركته لوجود الحفر في حياته فإن قيل: فيدخل على هذا التعليل موت المكاتب بعد اكتساب الوفاء أن يعتق بأدائه عنه بعد موته لوجود الكسب في حياته.

قيل: لا يدخل على هذا التعليل ما ذكر من كسب المكاتب، لأن المعتبر في الكتابة من جهة السيد العقد، ومن جهة المكاتب الأداء فمثاله من الرضاع موت السيد بعد عقده، وذلك لا يبطل الكتابة وموت المكاتب قبل الأداء كموت الطِّفل قبل الرضاع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَضَعَ مِنْهَا بَعْدَ مَوْتِهَا لَمْ يَحْرُمْ لأَنَّهُ لاَ يَحِلُّ لَبَنُ المَيْتَةِ».

قال الماوردي: وهو كما قال، إذا ارتضع المولود من لبن الميتة الحاصل من ثديها بعد موتها لم يثبت به التحريم.

وقال أبو حنيفة ومالك: يثبت به التَحْرِيم كارتضَاعه في حَيَاتِهِ استدلالاً بقول النبي ﷺ «الرَّضَاعَة من المجاعة».

وقول ﷺ «الرَّضاع ما أنبت اللَّحم وأنشز العظم»، وهذا المعنى موجود في لبن

الميتة كوجوده في لبن الحية ولأنه لبن آدمية وصل إلى جوفه في زمان التحريم فوجب أن يتعلق به التحريم كما لو شربه في حياتها.

ولأنه لبن لو وصل إلى جوفه في حياتها ثبت به التحريم فوجب أن يثبت به التحريم إذا وصل إلى جوفه بعد موتها كالمحلوب منها في حياتها، ولأنه سبب ثبت به التحريم المؤبد.

فاستوى وجوده في الحياة وبعد الوفاة كالولادة ولأنه ليس في موتها أكثر من سقوط فعلها، وهذا لا يؤثر في تحريم الرضاع كما لو ارتضع منها في نومها.

ولأن لبنها ما مات بموتها فوجب أن لا يسقط به التحريم.

ودليلنا قول النبي ﷺ «الحرام لا يحرم الحلال» وهذا اللبن محرم لنجاسة عينه، فلم يثبت به تحريم ما كان حلالاً من قبله، ولأن ما تعلق به تحريم النكاح ينتفي من حدوثه بعد الموت كالنكاح، ولأن الرضاع ثبت تحريم المصاهرة كالوطء بشبهة، فلما كان الموت مانعاً من ثبوت التحريم بالوطء، لأنه لو وطىء الميتة بعد موتها معتقداً أنها في الحياة لم يثبت بوطئه التحريم كذلك ارتضاع لبن الميتة. وتحريره أن ما ثبت به التحريم إذا اتصل بحياتها زال عنه التحريم إذا اتصل بموتها كالوطء، ولأن تحريم الرَّضَاع متعلق بانفصاله من ثدي الأم ووصوله إلى جوف الولد فلمّا كان وصول اللَّبن إلى الولد بعد موتها مانعاً من ثبوت التحريم وجب أن يكون انفصاله بعد موت الأم مانعاً من ثبوت التحريم.

وتحريره أنه أحد جهتي التحريم فوجب أن يمنع الموت من ثبوت التحريم كالولد، ولأن الموت لما أسقط حرمة وطئها وجب أن يسقط حرمة لبنها كالزنا، ولأن الرضاع كالجناية لما يتعلق به من ضمان التحريم والميت لا يثبت حكم الجناية في حقه، وإن ثبت في حق النائم والمجنون. ألا ترى أن ميتاً لو سقط على رجل فقتله لم يضمنه، ولو سقط عليه نائم أو مجنون ضمنه ولا يدخل على هذا حافر البئر إذا حدثت بها جناية بعد موته لوجود الحفر منه في حياته، وإذا سقط بالموت حكم الجناية سقط بها حكم الضمان.

ولأن لبن الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم، ولهذا المعنى لم يثبت رضاع الكبير، ولبن الميتة داء لا ينبت به اللحم ولا ينتشر به العظم فلم يثبت به التحريم، وبهذا المعنى يجاب عن استدلالهم بالخبرين.

وبمثله يجاب عن قياسهم على شربه في حياتها أن لبن الحية ينبت اللحم وينشز العظم.

وجواب ثان في معنى الأصل أنها حال لو وطئت فيها لم يثبت به تحريم المصاهرة فيثبت به تحريم الرضاع، والوطء بعد الموت، لا يثبت به تحريم المصاهرة، فلم يثبت به تحريم الرضاع.

والجواب عن قياسهم على الولادة فهو أن لحوق النسب بالعلوق، وإنما يستقر حكمه وتتحقق حاله بالولادة بعد تقدم ثبوته بعلوقه ألا ترى أنه يرث ويورث قبل ولادته ويضمن ديته جنيناً.

والجواب عن استدلالهم بأن سقوط فعلها لا يؤثر في تحريم الرّضاع كالنائمة فهو ما قدمناه من أن الميت لا يضاف إليه فعل، ويضاف إلى النائم والمجنون فافترقا وقولهم أن لبنها لم يمت فهو وإن لم تحله حياة تبع لما فيه حياة فجرى عليه حكمها وزال عنه الحكم لعدمها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حُلِبَ مِنْ امْرَأَةٍ لَبَنٌ كَثِيرٌ فَفُرِّقَ ثُمَّ أُوجِر مِنْهُ صَبِيٌّ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً لَمْ يَكُنْ إلاَّ رَضْعَةً وَاحِدَةً وَلَيْسَ كَاللَّبَنِ يَحْدُثُ فِي الثَّدْيِ كُلَّمَا خَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ حَدَثَ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن للمرأة إذا حلب لبنها وشربه الولد أربعة أحوال:

أحدها: أن يحلب لبنها مرة واحدة ويشربه المولود في مرة واحدة فهذه رضعة واحدة سواء قل اللبن أو كثر.

والحال الثانية: أن يحلب لبنها خمس مرات في خمس أواني ويشربه في خمس مرات فهذه خمس رضعات لوجود العدد من الجهتين.

والحال الثالثة: أن يحلب لبنها مرة واحدة في إناء واحد، ويشربه المولود في خمس مرات فالذي نقله المزني في مختصره وجامعه ونقله الربيع في كتاب الأم أنها رضعة واحدة اعتباراً بفعل المرضعة قال الربيع وفيه قول آخر أنها خمس رضعات اعتباراً بشرب المرتضع، واختلف في تخريج الربيع، هل هو قول ثان للشافعي أو هو وجه قاله مذهباً لنفسه فكان أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة يجعلانه وجهاً، قاله مذهباً لنفسه، وكان أبو حامد المروزي وجميع البصريين يخرجونه قولاً ثانياً للشافعي، فإذا قيل بالقول المشهور إنه يكون رضعة واحدة اعتباراً بِفِعْل المُرْضِعَة فوجهه قول الله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاّتي أرضعنكم﴾ [النساء: ٢٣] فأضاف فعل الرضاع إليهن فاقتضى أن يكون فعلهن فيه أغلب، وهو المعتبر في الحكم ولقول النبي ﷺ لِسَهْلَة في سالم «أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن عليك» فاعتبر فعلها، وإذا قيل

بالثاني وهو تخريج الربيع أنه يكون خمس رضعات اعتباراً بشرب المرتضع فوجهه أن جهته أقوى من جهة المرضعة لوقوع التحريم بوصول اللبن إليه لا بانفصاله عنها، ولأن الحالف لا يأكل إلا مرة إذا جمع له الطعام فأكله مراراً حنث اعتباراً بأكله لا يجمعه كذلك الرضاع.

والحال الرَّابعة: أن يحلب لبنها خمس مرات في خمسة أواني، ويشربه مرة واحدة ففيه ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: يكون خمس رضعات اعتباراً بفعل المرضع.

والقول الثاني: أن يكون رضعة واحدة اعتباراً بشرب المرتضع.

وأما إذا حلب خمس مرات في خمس أواني ثم جمع في إناء وشربه المرتضع في خمس مرات فالصحيح الذي عليه جمهور أصحابنا أنه يكون خمس رضعات اعتباراً بوجود العدد في الانفصال والاتصال.

وقال بعض أصحابنا: يعتبر بعد الاجتماع كالحلبة الواحدة يشربها المرتضع خمس مرات فيكون على القولين، وهذا فاسد، لأنه بعد الاجتماع فيه صار شارباً في كل مرة من كل حلبة فلم يؤثر فيه الاجتماع بعد وجود التفرقة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَزَوَّجَ صَغِيرَةً ثُمَّ أَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوِ امْرَأَةُ ابْنِهِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ بِلَبَنِ ابْنِهِ حَرُمَتْ عَلَيْهِ الصَّغِيْرَةُ أَبَداً وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ وَرَجَعَ عَلَى الَّتِي أَرْضَعَتْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ مِثْلِهَا لأَنَّ كُلَّ مَنْ أَفْسَدَ شَيْئاً لَزِمَهُ قِيمَةُ مَا أَفْسَدَ بِخطإٍ أَوْ عَمْدٍ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل تزوج صغيرة لها دون الحولين، فأرضعتها ذات قرابة له من نسب أو رضاع فالكلام فيها يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في تحريمها عليه.

والثاني: فيما تستحقه عليه الصغيرة المرضعة.

والثالث: فيما تستحقه على الكبيرة المرضعة.

فأما الفصل الأول في تحريمها عليه فهو أن يعتبر حال المرضعة، فإن كانت من تحرم عليه ابنتها حرمت عليه الصغيرة برضاعها، وإن كانت من لا تحرم عليه ابنتها لم تحرم الصغيرة، وذلك بأن ينظر حال المرضعة، فإن كانت أم الزوج من نسب أو رضاع حرمت الصغيرة، لأنها صارت أخته، وكذلك لو أرضعتها إحدى جدَّاته، لأنها صارت خالته، ولو أرضعتها ابنته من نسب أو رضاع حرمت الصغيرة، لأنها صارت

بنت بنته، وكذلك لو أرضعتها واحدة من بنات بنيه أو بناته؛ لأنها صارت ولد ولده ولو أرضعتها أخته من نسب أو رضاع حرمت عليه، وكذلك بنات إخوته وأخواته.

ولا تحرم عليه لو أرضعتها خالته أو عمته، لأنها لا تحرم عليه بنات خالاته ولا بنات عماته، ولو أرضعتها زوجة أبيه بلبن أبيه حرمت عليه، لأنها صارت أخته ولا تحرم عليه لو أرضعتها بغير لبن أبيه، لأنها ربيبة أبيه، ولو أرضعتها امرأة ابنة بلبن ابنه حرمت عليه، لأنها صارت بنت ابنه، ولا تحرم لو أرضعتها بغير لبن ابنه، لأنها ربيبة ابنه ثم على هذا المثال، فإذا لم تحرم عليه كان النكاح بحاله، وإن حرمت عليه بطل نكاحها لأن تحريمها مؤبد، ومن تأبد تحريمها بطل نكاحها في الابتداء والاستدامة كالموطوءة بشبهة إذا ثبت بها تحريم المصاهرة بطل بها نكاح المحرمة

فصل: وأما الفصل الثاني: فيما يجب للمحرمة على الزوج فذلك معتبر بحال الرضاع وهو ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تنفرد به الصغيرة فترضع من لبن الكبيرة وهي نائمة لا تعلم بارتضاع الصغيرة فلا مهر لها، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فسقط به مهرها.

والقسم الثاني: أن تنفرد به الكبيرة فترضعها فللصغيرة على زوجها نصف مهرها المسمى لأنه لا صنع لها في الفسخ فصار كطلاقها قبل الدخول.

والقسم الثالث: أن يشتركا فيه والاشتراك على ضربين:

أحدهما: أن يتميزا في الشركة.

والثاني: أن لا يتميزا فيها.

فالذي لا يتميزان فيه أن تبتدىء الصغيرة في كل رضعة بالتقام الثدي، وتمكنها الكبيرة من شربه ولا تنزع ثديها من فمها ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: يغلب فيه فعل الكبيرة، لأن الصغيرة تبع لها، فعلى هذا يجب للصغيرة نصف مهرها المسمى.

والوجه الثاني: يكونان في التحريم سواء، لأن البلوغ في فعل هذا التحريم غير معتبر فعلى هذا يصير التحريم من فعلها فيسقط من نصف المهر ما قابل فعلها وهو نصف النصف، ويبقى نصفه وهو الربع فتستحق ربع مهرها على الزوج، وإن كان اشتراكهما في الرضاع متميزاً.

مثاله أن تنفرد الكبيرة بأن ترضعها بعض الرضعات الخمس وتنفرد الصغيرة بأن ترضع بعض الرضعات الخمس ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: يغلب فيه حكم من تفرد بالرضعة الخامسة، لأن بها وقع التحريم فإن تفردت بها الصغيرة فلا مهر لها، وإن تفردت بها الكبيرة فللصغيرة نصف مهرها.

والوجه الثاني: أنه يتقسط نصْف المهر على أعداد الرضعات، لأن الخامسة لم تحرم إلا بما تقدمها فصار لكل رضعة تأثير في التحريم، فعلى هذا إن كانت الصغيرة قد انفردت برضعة واحدة، والكبيرة بأربع رضعات سقط من نصف مهر الصغيرة خمسة ووجب لها أربعة أخماس النصف من مهرها، وإن تفردت مرضعة واحدة والصغيرة بأربع رضعات سقط من نصف مهرها أربعة أخماسه، ووجب لها من نصف مهرها خمسة ثم على هذا القياس.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو ما يستحقه الزوج على المرضعة المحرمة إذا صار التحريم منسوباً إليها فمعتبر بحالها، ولها حالتان:

إحداهما: أن تكون ممن لا يثبت للزوج عليها، وفي ذمتها مال كأم الولد فلا يرجع عليها بشيء، لأن السيد لا يملك في ذمة أمته مالاً، وإن كانت مكاتبة رجع عليها، لأنها بالكتابة قد ملكت ما بيدها، ولا يرجع عليها إن كانت مدبرة، لأنها لا تملك ما بيدها كالأمة.

والحال الثانية: أن تكون من يملك الزوج عليها وفي ذمتها مالاً كسائر الحرائر فلها في الرضاع حالتان:

إحداهما: أن تكون بإذن الزوج فلا رجوع له عليها بشيء، لأن إرادته كالإبراء كمن استحفر أجيراً بئراً في أرض لا يملكها كان غرم ما تلف بها مضموناً على الآمر، ولا يرجع به على المأمور.

والحال الثانية: أن لا يأذن لها الزوج وتكون هي المنفردة بالرضاع فالكلام فيه يشتمل على ثلاثة أحكام:

أحدها: في وجوب الضمان.

والثاني: في قدره.

والثالث: في صفته.

فصل: فأما الحكم الأول، وهو وجوب الضمان على المرضعة، فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مَذَاهِب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن المرضعة ضامنة يرجع الزوج عليها بغرم التحريم سواء قصدت المرضعة التحريم أو لم تقصده.

والثاني: وهو مذهب مالك أن المرضعة غير ضامنة لغرم التحريم سواء قصدت التحريم أو لم تقصده بأن خافت تلف الصغيرة فأرضعتها أو استؤجرت مرضعاً لها.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة أنها إن قصدت التحريم ضمنت، وإن لم تقصده لم تضمن استدلالاً بأن تحريم الرضاع سبب، لأنّ الرضاع يثبت الحرمة ثم يبطل النكاح بثبوت الحرمة، والاستهلاك، إذا كان بسبب لم يكن عن مباشرة، فرق فيه بين التعدي بالقصد، وبين من ليس بقاصد ولا متعد، كحافر البئر إن تعدى بحفرها في غير ملكه ضمن، وإن لم يتعد بحفرها في غَيْرِ ملكه لم يضمن.

والدليل على ذلك قول الله تعالى ﴿**يأيها الذين آمنوا إذا جاءكُم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن**﴾ إلى قوله ﴿**وآتوهم ما أنفقوا**﴾ فمنح الله تعالى مِنْ رَدِّ المسلمة المهاجرة على زوجها مع اشتراط رد من أسلم عليهم وأوجب غرم مهرها للزوج لأنه قد حيل بينه وبين زوجته فكذلك المرضعة، ولأن كل ما صح أن يكون مضموناً بالعقد صح أن يكون مضموناً بالإتلاف كالأموال.

والدليل على أبي حنيفة هو أن حقوق الآدميين إذا ضمنت بالعمد ضمنت بالخطأ كالأموال، ولأن تحريم الزوجة بالرضاع يوجب الضمان كالعمد.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن التَّحْرِيم عن سبب فهو أن كَوْنَ السبب عدواناً يوجب الضمان في العمد والخطأ كما في حفر البئر في غير ملكه يضمن لتعديه وفي ملكه لا يضمن لعدم تعديه في العمد والخطأ، وذهب بعض أصحابنا إلى أن المرضعة إن أرضعت بشرع أوجب عليها الرضاع كالتي يخاف تلفها إن لم ترضعها لم تضمن وإن لم يوجبه الشرع عليها ضمنت، وهذا لا وجه له من سقوط الغرم، وإنما هو وجه في سقوط الماء ثم كمن خاف تلف نفسه فأحياها بمال غيره ضمن ولم يأثم.

فصل: وأما الحكم الثاني وهو قدر الضمان إذا وجب على المرضعة فقد قال الشَّافعي ترجع عليه بنصف المهر، وقال في الشاهدين «إذا شهدا على رجل بطلاق زوجته قبل الدخول ثم رجعا عن الشهادة غرما له جميع المهر» فيما نقله المزني عنه بخلاف الرضاع، ونقل الربيع عنه أنه يرجع عليها بنصف المهر كالرضاع، واختلف أصحابنا في الرَّضاع والشَّهادة على ثلاثة طرق:

أحدها: وهي طريقة أبي سعيد الإصطخري أن جمعوا بين المسألتين وخرجوها على قولين:

أحدهما: يرجع في الرضاع والشهادة بنصف المهر على ما نَصَّ عليه في الرضاع، لأنه القدر الذي غرمه الزوج فلم يرجع بأكثر منه.

والقول الثاني: أنه يرجع في الرضاع والشهادة بجميع المهر على ما نص عليه في الشهادة لما فيهما من استهلاك البضع عليه بالإحالة بينه وبينه، فوجب ضمان قيمته، وهو جميع المهر.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي أن الجواب على ظاهره في الموضعين فيرجع في الرضاع بنصف المهر، ويرجع في الشهادة بجميع المهر، والفرق بينهما أن الفرقة في الرضاع وقعت في الظاهر والباطن حقيقة والزوج بها معترف، وقد رجع إليه نصف المهر فلم يرجع على المرضعة إلا بالنصف الذي التزمه، وخالف الشهادة لوقوع الفرقة بها في الظاهر واعتراف الشهود بإحلالها له، وأنه لم يسترجع من المهر شيئاً فلذلك رجع عليهم بقيمة ما فوتوه عليه من البضع وهو جميع المهر.

والطريقة الثالثة: أنه يرجع في الرضاع بنصف المهر، فأما الشهادة فعلى اختلاف حالين فالموضع الذي قال يرجع على الشاهدين بجميع المهر، إذا كان الزوج قد ساق إليها جميعه، لأنه بإنكار الطلاق لا يرجع عليها بشيء منه فصار ملتزماً بجميعه، فلذلك رجع بجميعه على الشهود والموضع الذي يرجع بنصف المهر إذا لم يكن قد دفع إليها جميع الصداق فلا يلزمه إلا دفع نصفه، لأن الزوجة بادعاء الطلاق قبل الدخول لا تستحق إلا نصف المهر فصار الذي لزمه نصف المهر فلا يرجع على الشاهدين بأكثر منه.

فصل: وأما الحكم الثالث: وهو صفة الضمان فالكلام فيه يشتمل على فصلين:

أحدهما: صفة ما تضمنه الزوج لزوجته المرتضعة، وذلك معتبر بالمسمى في العقد وإن كان قدر مهر المثل فما زاد وجب لها نصف المسمى، وإن كان أقل من مهر المثل كان مبنياً على اختلاف قول الشافعي في الذي بيده عقد النكاح.

فإن قيل: إنه الزوج دون الأب لم يكن للأب أن يزوج بنته الصغيرة بأقل من مهر المثل فيكون المسمى إذا نقص منه باطلاً، ويجب لها نصف مهر المثل، وإن قيل: إنه الأب، ففي جواز تزويجه لها بأقل من مهر المثل وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه لما جاز له أن يبرىء من جميع المهر، فأولى أن يزوج بأقل من مهر المثل، فتكون لها نصف المسمى، وإن نقص عن مهر مثلها.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه لا يجوز أن يزوجها بأقل من مهر مثلها، وإن جاز أن يبرىء من جميع مهرها، لأنه يبرىء منه بعد الطلاق ليستفيد مثله في النكاح المستقبل وخالف ابتداء العقد، لأنه قد أسقط لها حقاً لا يستفيد مثله.

والفصل الثاني: صفة ما تضمنه المرضعة للزوج، وهو نصف مهر المثل دون المسمى سواء زاد عليه أو نقص منه.

وقال أبو حنيفة: يرجع عليها بنصف المسمى، لأنه القدر الذي غرمه فلم يرجع إلا بمثله، وهذا فاسد، لأن الزوج ضمن المهر بالعقد فلم يلزمه إلا المسمى فيه، والمرضعة استهلكت البضع بالتحريم فلزمها قيمة ما استهلكت وهو مهر المثل كمن استهلك على المشتري ما اشتراه لم يغرم إلا القيمة، وإن غرم المشتري الثمن المسمى بزيادته ونقصه، فعلى هذا لو كان مهر مثلها ألفاً وقد أصدقها ألفين غرم لها ألفاً ورجع على المرضعة بخمسمائة لأن الزيادة محاباة كالعطايا والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ لَهُ كَبِيرَةٌ لَمْ يُصِبْهَا حَرُمَتِ الأَمُّ لأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ نِسَائِهِ وَلاَ نِصْفَ مَهْرٍ لَهَا وَلاَ مُتْعَةَ لأَنَّهَا المُفْسِدَةُ وَفَسَدَ نِكَاحُ المُرْضِعَةِ بِلاَ طَلاَقٍ لأَنَّهَا صَارَتْ وَأُمُّهَا فِي مِلْكِهِ فِي حَالٍ وَلَهَا نِصْفُ المَهْرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الَّتِي أَرْضَعَتْهَا بِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له زوجتان صغرى وكبرى أرضعت الكبرى الصغرى خمس رضعات فالكلام فيها يشتمل على ثلاثة أحكام:

أحدها: فسخ النكاح.

والثاني: ثبوت التحريم.

والثالث: المهر.

فأما الحكم الأول فهو بطلان النكاح ففيه أربعة مذاهب:

أحدها: وهو قول ابن أبي ذؤيب إن النكاح لا ينفسخ برضاع الضرائر.

والمذهب الثاني: ما حكاه ابن بكير عن مالك أنه إذا لم يدخل بالكبرى بطل نكاحها وثبت نكاح الصغرى.

والمذهب الثالث: وهو قول الأوزاعي إنه إذا لم يدخل بالكبرى ثبت نكاحها وبطل نكاح الصغرى.

والمذهب الرابع: وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء إنه بطل بالرضاع نكاحهما معاً سواء دخل بالكبرى أو لم يدخل، لأنه صار جامعاً بين امرأة وبنتها.

وأما الحكم الثاني: وهو التحريم فتحرم عليه الكبرى على التأبيد، لأنها من أمهات نسائه، وأما الصغرى فتحريمها معتبر بحال الكبرى فإن دخل بها حرمت

الصغرى، وإن لم يدخل بها لم تحرم الصغرى، لأنها من ربائبه وتحريم الربيبة يكون بدخوله بالأم.

وأما الحكم الثالث: وهو المهر فللصغرى عليه نصف مهرها المسمى، لأن فسخ نكاحها قبل الدخول كان من غيرها، ويرجع على الكبرى بنصف مهر مثلها أو بجميعه على ما قدمناه.

وأما مهر الكبرى فإن دخل بها فقد استحقت جميعه وإلا سقط بالرضاع كالمرتدة بعد الدخول، وإن لم يدخل بها سقط مهرها، لأن الفسخ من جهتها كالردة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَزَوَّجَ ثَلَاثاً صِغَاراً فَأَرْضَعَتِ امْرَأَةٌ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ الرَّضْعةَ الخَامِسَةَ مَعَاً فَسَدَ نِكَاحُ الأُمِّ وَنِكَاحُ الصَّبِيَّتَيْنِ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ المَهْرِ المُسَمَّى ويَرَجِعُ عَلَى امْرَأَتِهِ بِمِثْلِ نِصْفِ مَهْرِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَتَحِلُّ لَهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الانْفِرَادِ لأَنَّهُمَا ابْنَتَا امْرَأَةٍ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَإِنْ أَرْضَعَتِ الثَّالِثَةَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ تُحَرَّمْ لأَنَّهَا مُنْفَرِدَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا اعتمدت الكبرى وله معها ثلاث صغار فأرضعت اثنتين منهن خمس رضعات معاً بطل نكاحها، ونكاح الكبرى، ولتحريم نكاح الكبرى علة واحدة، لأنها صارت من أمهات نسائه فكان تحريمها مؤبداً، ولتحريم نكاح الصغيرتين علتان:

إحداهما: أنهما من ربائبه فإن دخل بالأم حرمتا على التأبيد، وإن لم يدخل بها لم يتأبد تحريمهما.

والعلة الثانية: أنهما صارتا أختين فحرمتا تحريم جمع، وحلّ له إذا لم يدخل بالأم أن ينكح كل واحدة منهما على الانفراد ولا يجمع بينهما في عقد، فأما مهورهن فلكل واحدة من الصغيرتين نصف مهرها المسمى فيرجع على الكبرى بنصف مهر مثل كل واحدة منهما على ما قدمناه.

وأما الكبرى فإن دخل بها فلها جميع مهرها وإن لم يدخل بها فلا مهر لها، لأن الفسخ جاء من قبلها، فعلى هذا لو عادت الكبرى فأرضعت الصغيرة الثالثة لم يبطل نكاحها إن لم يكن قد دخل بالكبرى ويبطل إن كان قد دخل بها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُنَّ الرَّضْعَةَ الخَامِسَةَ ثُمَّ الأُخْرَيَيْنِ الخَامِسَةَ مَعَاً حَرُمَتَ عَلَيْهِ وَالَّتِي أَرْضَعَتْهَا أَوَّلاً لأَنَّهُمَا صَارَتَا أُمَّا وَبِنْتاً فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ مَعَاً وَحَرُمَتِ الأُخْرَيَانِ لأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ فِي وَقْتٍ مَعَاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الكبرى إذا أرضعت الأولى من الصغائر بطل نكاحهما لأنهما صارتا أماً وبنتاً وحرم نكاح الكبرى، على التأبيد، فأما الصغرى، فإن كان قد دخل بالكبرى حرمت على التأبيد، وإن لم يكن قد دخل بها حلت، وللصغيرة نصف مهرها ويرجع على الكبيرة بنصف مهر مثلها في أحد القولين، وفي الآخر بجميعه على ما مضى ولا مهر للكبيرة إن لم يدخل بها، ولأن الفسخ من قبلها ولها جميع المهر إن كان قد دخل بها، فإن عادت الكبرى فأرضعت الصغيرتين الباقيتين خمس رضعات معاً، فإن كان بعد دخوله بالكبرى حرمتا على التأبيد، وإن لم يدخل بالكبرى حرمتا تحريم الجمع، لأنه صار جامعاً بين أختين، وحل له أن يستأنف نكاح من شاء من الثلاث الصغائر، ولا يجوز له أن يجمع بين اثنتين منهن، لأنهن أخوات والكلام على المهر على ما مضى.

فصل: وإذا كان له زوجة صغيرة وثلاث زوجات كبار فأرضعت إحدى الكبار الصغيرة بطل نكاحها، فإن جاءت ثانية من الكبار فأرضعت الصغيرة بعد بطلان نكاحها حرمت الكبيرة، لأنها صارت أم من كانت زوجة له فإن جاءت الثالثة فأرضعت تلك الصغيرة بطل نكاحها أيضاً لهذا المعنى.

فصل: وإذا كان له زوجتان صغرى وكبرى فطلق إحداهما ثم أرضعت الكبرى قبل دخوله بها الصغرى نظر، فإن كانت المطلقة هي الصغرى حُرِّمَتْ عليه الكبرى، لأنها صارت أم من كانت زوجته، وإن كانت المطلقة هي الكبرى لم تحرم الصغرى، لأنها ربيبته لم يدخل بأمها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَرْضَعَتْهُمَا مُتَفَرِّقَتَيْنِ لَمْ يَحْرُمَا مَعاً لأَنَّهَا لَمْ تُرْضِعْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا إِلاَّ بَعْدَ مَا بَانَتْ مِنْهُ هِيَ وَالأُولَى فَيَثْبُتَ نِكَاحُ الَّتِي أَرْضَعَتْهُمَا بَعْدَ مَا بَانَتِ الأُولَى وَيَفْسَدَ نِكَاحُ الَّتِي أَرْضَعَتْهَا بَعْدَهَا لأَنَّهَا أُخْتُ امْرَأَتِهِ فَكَانَتْ كَامْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى أُخْتِهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ يَنْظُرُ الشَّافِعِيُّ فِي ذَلِكَ إِلاَّ إِلَى وَقْتِ الرَّضَاعِ فَقَدْ صَارَتَا أُخْتَيْنِ فِي وَقْتٍ مَعاً بِرِضَاعِ الآخِرَةِ مِنْهُمَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ امْرَأَةٍ كَبِيرَةٍ أَرْضَعَتِ امْرَأَةً لَهُ صَغِيرَةً فَصَارَتَا أُمًّا وَبِنْتاً فِي وَقْتٍ مَعاً وَبَيْنَ أَجْنَبِيَّةٍ أَرْضَعَتْ لَهُ امْرَأَتَيْنِ صَغِيرتَيْنِ فَصَارَتَا أُخْتَيْنِ فِي وَقْتٍ مَعاً وَلَوْ جَازَ أَنْ تَكُونَ إِذَا أَرْضَعَتْ صَغِيرَةً ثُمَّ صَغِيرَةً كَامْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى أُخْتِهَا لَزِمَ إِذَا نَكَحَ كَبِيرَةً ثُمَّ صَغِيرَةً فَأَرْضَعَتْهَا أَنْ تَكُونَ كَامْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى أُمِّهَا وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى مَا قُلْتُ أَنَا وَقَدْ قَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ القَدِيمِ لَوْ تَزَوَّجَ صَبِيَّتَيْنِ فَأَرْضَعَتْهُمَا امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ بَعْدَ وَاحِدَةٍ انْفَسَخَ

نِكَاحُهُمَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا وَذَاكَ سَوَاءٌ وَهُوَ بِقَوْلِهِ أَوْلَى».

قال الماوردي: وصورتها في رجل تزوج كبيرة وثلاثاً صغاراً فأرضعت الكبيرة من قبل دخوله بها إحدى الصغار فبطل نكاحهما معاً، لأنهما أم وبنت ثم عادت الكبيرة فأرضعت ثانية من الصغيرتين الباقيتين لم يبطل نكاح الصغيرة، لأنها بنت امرأة لم يدخل بها، وقد بانت منه فإن عادت الكبيرة فأرضعت الصغيرة الثالثة بطل نكاح الثالثة، لأنها صارت أخت الثانية، وهل يبطل بها نكاح الثانية أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وبه قال في القديم، وهو مذهب أبي حنيفة والمزني وأبي العباس بن سريج ينفسخ نكاح الثانية برضاع الثالثة، لأنهما قد صارتا أختين فصار كما لو أرضعتهما معاً، ولأنه لو تزوج بصغرى وكبرى فأرضعت الكبرى الصغرى بطل نكاحهما، لأنهما صارتا أختين، وإن تقدم سبب الكبرى على رضاع الصغرى كذلك هاهنا.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو مذهب الأوزاعي أن نكاح الثانية بحاله لا ينفسخ برضاع الثالثة، لأنه لما لم ينفسخ نكاحها برضاعها لم ينفسخ برضاع غيرها وصارت كامرأة نكحت عليها أختها يبطل نكاح الأخت وثبت نكاحها، ولأنه لو ملك أمتين أختين فوطىء إحداهما كانت الأخرى محرمة عليه، فإن وطئها لم تحرم الأولى بوطء الثانية وكانت الأولة على إباحتها كذلك تحريم الرضاع، فعلى هذا، لو كان له أربع زوجات صغار، فأرضعت أجنبية كل واحدة من الصغار الأربع واحدة بعد واحدة فأحد القولين وهو اختيار المزني قد بطل نكاحهن كلهن فيبطل نكاح الأولة برضاع الثانية، ويبطل نكاح الثالثة برضاع الرابعة.

والقول الثاني: ثبت نكاح الأولة، ويبطل نكاح الثلاث برضاعهن بعد الأولة.

فصل: ولو كان له زوجتان صغيرتان فأرضعت أجنبية إحداهما ثم أرضعت أم الأجنبية الأخرى بطل نكاح الثانية، لأنها صارت خالة الأولى، وفي بطلان نكاح الأولة قولان:

أحدهما: يبطل نكاح الأولى برضاع الثانية.

والقول الثاني: لا يبطل نكاح الأولة، وإن بطل بالرضاع نكاح الثانية، وكان للتي بطل نكاحها نصف مهرها، ويرجع بنصف مهر مثلها في أصح القولين، وبجميعه في القول الآخر، وفي التي يرجع عليها بذلك وجهان:

أحدهما: على المرضعة الثانية، لأن برضاعها انفسخ النكاح.

والوجه الثاني: يرجع به على المرضعتين الأولى والثانية، لأن برضاعهما استقر فسخ النكاح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ لِلْكَبِيْرَةِ بَنَاتٌ مَرَاضِعٌ أَوْ مِنْ رَضَاعٍ فَأَرْضَعْنَ الصِّغَارَ كُلَّهُنَّ انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ مَعَاً وَرُجِعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِنِصْفِ مَهْرِ الَّتِي أَرْضَعَتْ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ بِنِصْفِ مَهْرِ امْرَأَتِهِ الكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا لأَنَّهَا صَارَتْ جَدَّةً مَعَ بَنَاتِ بَنَاتِهَا مَعَاً وَتَحْرُمُ الكَبِيرَةُ أَبَداً وَيَتَزَوَّجُ الصِّغَارَ عَلَى الانْفِرَادِ وَلَوْ كَانَ دَخَلَ بِالكَبِيرَةِ حُرِّمْنَ جَمِيعاً أَبَداً وَلَوْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَأَرْضَعَتْهُنَّ أُمُّ امْرَأَتِهِ الْكَبِيرَةِ أَوْ جَدَّتُهَا أَوْ أُخْتَهَا أَوْ بِنْتُ أُخْتِهَا كَانَ القَوْلُ فِيْهَا كَالقَوْلِ فِي بَنَاتِهَا فِي المَسْأَلَةِ قَبْلَهَا».

قال الماوردي: وصورتها أن يتزوج كبيرة وثلاث صغار، وللكبيرة ثلاث بنات مراضع أي لهن لبن كما قال تعالى ﴿وحرمنا عليه المراضع من قبل﴾ [القصص: ٢] فترضع كل واحدة من بنات الكبيرة واحدة من الزوجات الصغار فلا يخلو حال الكبيرة من أن يكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فإن كانت مدخولاً بها بطل نكاح الكبيرة ونكاح الثلاث الصغائر على التأبيد سواء كان رضاعهن معاً أو واحدة بعد واحدة.

أما الكبرى فلأنها جدة الصغار، وسواء كانت بناتها من نسب أو رضاع.

وأما الصغار فلأنهن صرن بنات امرأة قد دخل بها، ولكل واحدة من الصغار نصف مهرها، وترجع على التي حرمتها بنصف مهر مثلها على ما ذكرنا.

وأما الكبرى فلها جميع مهرها لاستقراره بالدخول، فإن كان بناتها أرضعن الصغائر متفرقات واحدة بعد أخرى رجع بمثل مهر الكبرى على المرضعة الأولى على بناتها الثلاث بالسوية، لأنهن يشتركن في تحريمها، ولا يجوز له من بعد أن ينكح واحدة من الصغائر، لأنهن ربائب قد دخل بجدتهن ولا يحل له أن ينكح واحدة من البنات المرضعات، لأنهن من أمهات نسائه، ولأنهن بنات امرأة قد دخل بها.

فصل: وإن لم يدخل بالكبرى لم يخل رضاع بناتها للصغائر من أحد أمرين:

إما أن يرضعن الصغائر معاً أو متفرقات.

فأن أرضعهن معاً مثل أن ينفرد كل واحدة من بنات الكبرى بواحدة من الصغائر فترضعها أربع رضعات، إما على الاجتماع أو على الانفراد، ثم اتفقوا على إجماعهن في الرضعة الخامسة معاً في حال واحدة فيبطل نكاح الكبرى والصغائر معاً، لأنه صار جامعاً بين امرأة وبنات بناتها، وحرمت الكبرى على التأبيد، لأنها جدة نسائه وحرم

بناتها المراضع على التأبيد، لأنهن أمهات نسائه وحلّ له الصغائر أن يتزوجهن، لأنهن ربائب من غير مدخول بها، وجاز له أن يجمع بينهن، لأنهن بنات خالات، ولسن بأخوات.

وقال المزني: ينكحن على الانفراد.

وهذا وهم من المزني سها فيه.

وقال بعض أصحابنا: ليس ذلك بوهم منه، ولا سهو، وإنما صور المسألة في أن كل واحدة من بنات الكبرى أرضعت الثلاث كلهن فصرن أخوات وبنات خالات فحرم الجمع بينهن، لأنهن أخوات وإن لم يحرم بأنهن بنات خالات.

فأما المهر فيكون لكل واحدة من الصغائر نصف مهرها، وترجع بنصف مهر مثلها على التي حرمها ويكون للكبرى نصف مهرها، وترجع بنصف مهر مثلها على بناتها لاشتراكهن في تحريمها.

فصل: وإن افترقن في الرضاع فأرضعت واحدة من بنات الكبرى لواحدة من الزوجات ثم أرضعت ثانية لثانية ثم أرضعت ثالثة لثالثة بَطل نكاح الكبرى والصغيرة الأولى، وكان لكل واحدة منهما نصف مهرها، ويرجع بنصف مهر مثلها على المرضعة الأولى، لأنها المختصة بتحريمها، وأما نكاح الثانية والثالثة فبحاله، وعلى صحته، لأنها بنات خالات، ويجوز أن تتزوج الأولى فيصير جامعاً بينهن كلهن لهذا المعنى.

فصل: وإن كان له ثلاث زوجات كبار ورابعة صغيرة، فاجتمع الكبار على رضاع الصغيرة فأرضعنها خمس رضعات بينهن لم تصر واحدة منهن، إما للصغيرة، لأنها لم تستكمل رضاعها خمساً، وفي تحريم الصغيرة على الزوج إذا كان اللبن له وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي القاسم الأنماطي وأبي العباس بن سريج لا تحرم على الزوج ولا تصير له ولداً، لأن تحريم الرضاع ينتشر عن المرضعة إلى غيرها فلما لم يثبت تحريم الرضاع في المرضعة فأولى أن لا ينتشر إلى غير المرضعة، فعلى هذا يكون نكاح الصغيرة والكبار بحاله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي إن الصغيرة قد صارت بنتاً للزوج، وإن لم تصر بنتاً لواحدة من المرضعات، لأن المرضعة تصير أماً إذا أرضعت خمساً، وهذه قد استكملت خمس رضعات من لبنه فاستوى حكم الخمس من واحدة أو من خمس.

فعلى هذا يبطل نكاح الصغيرة؛ لأنها صارت بنته، ولا يبطل نكاح واحدة من

الكبار لأنها لم تصر من أمهات نسائه، ويكون للصغيرة نصف مهرها وترجع بنصف مهر مثلها على الكبار بينهن على أعداد الزوجات.

وعلى هذا لو أن رجلاً له خمس بنات مراضع اشتركن في إرضاع صغيرة فأرضعت كل واحدة منهن رضعة فلا تكون فيهن أم لها، وهل أبوهن جدّ لها ويصرن بذلك اللَّبن خالات أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: وهو قول الأنماطي أنه لا يصير أبوهن جداً لها، ولا هن خالاتها ولا تحرم على أبيهن ولا على إخوتهن، ويجوز للأجنبي إذا تزوج الصغيرة أن يجمع بينها وبين من شاء من المرضعات الخمس.

والوجه الثاني: أنه قد صار أبوهن جداً لها لارتضاعها من لبن بناته خمس رضعات فيحرم عليه، وعلى أولاده؛ لأنهم أخوالها، ولا يجوز للأجنبي إذا تزوجها أن يجمع بينها وبين إحدى المرضعات، لأنها خالتها والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَرْضَعَتْ مَوْلُوداً فَلاَ بَأْسَ أَنْ تَتَزَوَّجَ المَرْأَةُ المُرْضِعَةُ أَبَاهُ وَيَتَزَوَّجُ الأَبُ ابْنَتَهَا أَوْ أُمَّهَا عَلَى الانْفِرَادِ لأَنَّهَا لَمْ تُرْضِعْهُ».

قال الماوردي: وهذا ما تقدم في صدر الكتاب، وقلنا: إن المرأة إذا أرضعت طفلاً بلبن زوجها صار ابناً لهما وصارا أبوين له فانتشرت حرمة الرضاع منهما إليه، بأن صار ولداً لهما، وانتشرت الحرمة منه إليهما بأن صارا أبوين له، وإذا كان كذلك كان التحريم المنتشر إلى الأبوين متعدياً عنهما إلى كل من ناسبهما فيصير أبو الزوج جداً له من أب، وأمه جدة له من أب، وإخوة الأب أعمامه، وأخوات الأب عماته، وأبو المرضعة جداً له من أم، وأمها جدة له من أم فكذلك ما علا منهما.

وأما التحريم المنتشر إلى الولد مقصور عليه وعلى ولده ولا يتعدى منه إلى أبويه فيجوز لأبيه أن يتزوج بالمرضعة، لأن أم ولده من النسب لا تحرم عليه، ويجوز لأمه أن تتزوج بأبيه من الرضاع، ويجيز لإخوته وأخواته أن يتزوجوا بأبويه من الرضاع، لأنه لا نسب بينهم ولا رضاع والله أعلم بالصواب.

فصل: وإذا زوج الرجل عبده الصغير بأمته ثم أعتقها، واختارت فسخ نكاحه، وتزوجت فنزل لها من زوجها لبن أرضعت به الزوج الأول بطل نكاحها من الثاني، لأنه صار أباً للزوج الأول، فصارت من حلائل أبنائه فحرمت عليه، ولو زوج السيد أم ولده بصغير فأرضعته بلبنها انفسخ نكاحها، لأنها صارت أم زوجها وحرمت على سيدها، لأن زوجها صار ابناً لسيدها فحرمت عليه، لأنها صارت من حلائل أبنائه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيَّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَكَّ أَرْضَعَتْهُ خَمْساً أَوْ أَقَلَّ لَمْ يَكُنْ ابْنَاً لَهَا بِالشَّكِّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الشك إذا طرأ على اليقين سقط حكمه كالشاك في الطلاق والحدث.

فإن قيل: فلو شك في التي طلقها من نسائه، حرمن عليه كلهن، وقد ثبت هذا التحريم بالشك قبل الجواب، لأن التحريم في المطلقة متيقن وكل واحدة منهن يجوز أن تكون هي المطلقة، وخالف هذا التحريم المشكوك في وقوعه والله أعلم بالصواب.

بَابُ لَبَنِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَاللَّبَنُ لِلرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ كَمَا الوَلَدُ لَهُمَا وَالمُرْضَعُ بِذَلِكَ اللَّبَنِ وَلَدُهُمَا».

قال الماوردي: وهذا قد مضى في أول الباب، وذكرنا أن لبن الرضاع للرجل والمرأة،والمُرْضع به ابناً لهما، وخالف في ذلك داود وأهل الظاهر فجعلوا اللبن للمرأة دون الرجل وقد مضت هذه المسألة مستوفاة فيما تقدم إلى آخرها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَلَدَتْ ابْنَاً مِنْ زِناً فَأَرْضَعَتْ مَوْلُوداً فَهُوَ ابْنُهَا وَلاَ يَكُونُ ابْنَ الَّذِي زَنَى بِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولد الرضاع تبع لولد الولادة فإذا ولدت المرأة من زوج أو من وطء شبهة، كان ولدها الذي ولدته لاحقاً بزوجها الذي ولدت منه وبالوطء لها بالشبهة فإن أرضعت بلبنه ولداً كان ولد الرضاع ولداً للزوج الذي تزوجت به، وللواطىء الذي وطئها بالشبهة لأنه مخلوق من مائهما كان ولد الرضاع لهما لأنه معتد بلبنهما، فإن زَنت وولدت وَلَداً مِنْ زِنَاً وأرضعت بلبنه ولداً كان ولد الزنا وولد الرضاع لاحقين بها ولم يلحقا بالزاني، لأن ابنها المولود عن الزاني يوجب انتفاء المرضع عنه، لأن ولد النسب أقوى حكماً من ولد الرضاع، وقد انتفى عن الزاني فكان أولى أن ينتفي عنه ولد الرضاع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَكْرَهُ لَهُ فِي الوَرَعِ أَنْ يَنْكِحَ بَنَاتِ الَّذِي وَلَدَهُ مِنْ زِناً فَإِنْ نَكَحَ لَمْ أَفْسَخْهُ لأَنَّهُ ابْنَهُ فِي حُكْمِ النَّبِيِّ ﷺ قَضَى عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ بِابْنِ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ لِزَمْعَةَ وَأَمَرَ سَوْدَةَ أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْهُ لَمَّا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَلَمْ يَرَهَا وَقَدْ حَكَمَ أَنَّهُ أَخُوهَا لأَنَّ تَرْكَ رُؤْيَتِهَا مُبَاحٌ وَإِنْ كَانَ أَخَاهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ كَانَ أَنْكَرَ عَلَى مَنْ قَالَ يَتَزَوَّجُ ابْنَتَهُ مِنْ زِناً وَيَحْتَجُّ بِهَذَا المَعْنَى وَقَدْ زَعَمَ أَنَّ رُؤْيَةَ ابْنِ زَمْعَةَ لِسَوْدَةَ مُبَاحٌ وَإِنْ كَرِهَهُ فَكَذَلِكَ فِي القِيَاسِ لاَ يُفْسَخُ نِكَاحُهُ وَإِنْ كَرِهَهُ وَلَمْ يُفْسَخْ نِكَاحُ ابْنِهِ مِنْ زِنَا بَنَاتِهِ مِنْ حَلاَلٍ لِقَطْعِ الأُخُوَّةِ فَكَذَلِكَ فِي القِيَاسِ لَوْ تَزَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ زِناً لَمْ

يُفْسَخْ وَإِنْ كَرِهَهُ لِقَطْعِ الأُبُوَّةِ وَتَحْرِيمِ الأُخُوَّةِ كَتَحْرِيمِ الأُبُوَّةِ وَلاَ حُكْمَ عِنْدَهُ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ «وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» فَهُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَبِيِّ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: وهذه مسألة قد مضت وذكرنا أن ولد الزنا لا يلحق بالزاني وأن الفقهاء قد اختلفوا هَلْ يجوز للزاني أن يتزوجها إذا كانت بنتاً على أربعة مذاهب:

أحدها: أن نكاحها حرام عليه ومتى أقر بها لحقته، حكى ذلك عن عمر والحسن وابن سيرين، وبه قال أحمد وإسحاق.

والمذهب الثاني: أنها تحرم عليه ولا تلحق به إذا أقرّ بها، وبه قال أبو حنيفة.

والمذهب الثالث: أنها تحل له ولا يكره له نكاحها وبه قال المزني.

والمذهب الرابع: وهو قول الشافعي أنه يحل له نكاحها، ويكره له ذلك.

واختلف أصحابه في معنى كراهيته على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يجوز أن تكون مخلوقة من مائه، فعلى هذا لو تحقق خلقها من مائه بأن حبسا معاً من مدة الزنا إلى وقت الولادة حُرِّمت عليه.

والقول الثاني: وهو قول أبي حامد المروزي أنه يكره نكاحهما لما فيه من اختلاف كما كره القصر في أقل من ثلاث، وإن كان عنده جائزاً لما فيه من الاختلاف، فعلى هذا لو تحقق خلقها من مائة لم تحرم عليه، وإنما جاز له أن يتزوجها لثلاثة أمور:

أحدها: لانتفاء نسبها عنه كالأجانب.

والثاني: لانتفاء أحكام النسب بينهما من الميراث والنفقة والقصاص كذلك تحريم النكاح.

والثالث: لإباحتها لأخيه ولو حرمت عليه، لأنه الأب لحرمت عليه، لأنه العم، فأما المزني فإنه تكلم على كراهة الشّافعي له، فإن نسب ذلك إلى التحريم كان غلطاً منه عليه، وإن نسبه إلى كراهة اختيار مع جوازه كان مصيباً وقد ذكرنا معنى الكراهية.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا فَأَصَابَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَأَرْضَعَتْ مَوْلُوداً كَانَ ابْنَهَا وأُرِيَ المَوْلُودُ القَافَةَ فَبِأَيِّهِمَا أُلْحِقَ لَحِقَ وَكَانَ المُرْضَعُ ابْنَهُ وَسَقَطَتْ أُبُوَّةُ الآخَرِ».

قال الماوردي: وصورتها في امرأة تزوجت في عدتها ووضعت ولداً أرضعت بلبنه طفلاً فالمرضع تابع للمولود، وللمولود أربعة أحوال:

أحدها: أن يلحق بالأول دون الثاني فيتبعه المرضع، ويكون للأول دون الثاني.

والحال الثانية: أن يكون المولود يلحق بالثاني دون الأول فيتبعه المرضع، ويكون ابناً للثاني دون الأول.

والحال الثالثة: أن ينتفي المولود عن الأول والثاني فيتبعه المرضع، وينتفي عن الأول والثاني، وذكر بعض أصحابنا أن إلحاق المرضع بالأول لثبوت لبنه كما لو لم تلد المرضعة وهذا ليس بصحيح، لأن لبن الولادة قاطع لحكم ما تقدمه فإذا انتفت الولادة عن كل واحد منهما فأولى أن ينتفي الرضاع عنهما.

والحال الرابعة: أن يمكن لحوق المولود بكل واحد منهما فيُرى المولود للقافة فإن ألحقوه بالأول لحق به وتبعه المرضع، وإن ألحقوه بالثاني لحق به، وتبعه المرضع وإن أشكل على القافة أو عدموا وقف المولود إلى زمان الأنساب، فإذا انتسب إلى أحدهما لحق به وتبع المرضع، وإن مات قبل الانتساب، وكان له ولد قام ولده مقامه في الانتساب، فإذا انتسب إلى أحدهما لحق به وتبعه المرضع، وإن لم يكن له ولد صار ثبوت النسب من جهة المولود معدوماً.

وقال الشافعي: «ضاع نسبه» ومعناه: ضاع النسب الذي يثبت به النسب، وإذا كان كذلك ففي المرضع ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن يكون ابناً لهما جميعاً بخلاف المولود، لأنه لا يجوز أن يكون للمولود أبوان من نسب، لأنه لا يخلق إلا من ماء أحدهما، ويجوز أن يكون له أبوان من رضاع لأنه قد يرتضع من لبنهما ويكون غذاء اللبن لهما، وإن كان الولد لأحدهما لأن اللبن قد يحدث بالوطء تارة وبالولادة أخرى فلذلك صار المرضع ابناً لهما، وفي هذا القول ضعف من وجهين:

أحدهما: أنه لو صار ابناً لهما بموت الولد لما جاز أن ينقطع عنه أبوة أحدهما بحياة الولد.

والثاني: أن نزول اللَّبن إنما يضاف إلى الواطىء بالولادة لا بالوطء، لأنه لو نزل لها بوطئه لبن فأرضعت به ولداً لم يصر ابناً للزوج حتى تلد منه فيصير اللبن له والمرضع به ابناً له فَهَذا قول.

والقول الثاني: أن المرضع ينسب إلى أحدهما، كما كان المولود ينسب إلى أحدهما لأنه تابع له فجرى عليه حكمه.

فإن قيل: إنما انتسب المولود، لأن الطبع جاذب والشبه غالب، وهذا مفقود في

المرضع، ولذلك رجع إلى القافة في المولود، ولم يرجع إليهم في المرضع.

قيل: قد يحدث الرضاع من شبه الأخلاق مثل ما تحدثه الولادة من شبه الأجسام والصوت، ولذلك قال النبي ﷺ «لا تسترضعوا الحمقى فإن اللبن يغذي».

وقال ﷺ «أنا أفصح العرب بيد أني من قريش وأخوالي بنو زهرة وارتضعت في بني سعد».

ورأى عمر بن الخطاب رجلاً فقال أنت من بني فلان قال منهم رضاعاً لا نسباً فأضافه إليهم بشبه الأخلاق كما تضيفه القافة بشبه الأجسام، ولم يعول على القافة في إلحاق المرضع، وإن عول عليهم في إلحاق المولود، لأن شبه الأجسام والصور أقوى بظهوره، وشبه الأخلاق والشيم أضعف لحقاً به.

والقول الثالث: أنه ينقطع عنه أبوة كل واحد منهما ولا خيار له في الانتساب إلى أحدهما لأن الأنساب تثبت من ثلاثة أوجه بالفراش ثم القافة ثم الانتساب فلما لم يكن في الرضاع فراش، ولم يثبت بالقافة لم يثبت بالانتساب وإن ثبت به النسب لأمرين:

أحدهما: أن النسب لا يقع فيه اشتراك فجاز أن يعول فيه على الطبع الحادث ويقع في الرضاع اشتراك فعدم فيه الطبع الحادث.

والثاني: أن امتزاج النسب موجود مع أصل الخلقة، والرضاع حادث بعد استكمال الخلق واستقرار الخلق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ فَالوَرَعُ أَنْ لاَ يَنْكِحَ ابْنَةَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلاَ يَكُونُ مَحْرَماً لَهَا وَلَوْ قَالُوا المَوْلُودُ هُوَ ابْنُهُمَا جُبِرَ إِذَا بَلَغَ عَلَى الانْتِسَابِ إِلَى أَحَدِهِمَا وَتَنْقَطِعُ أُبُوَّةُ الآخَرِ وَلَوْ كَانَ مَعْتُوهاً لَمْ يُلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يَمُوتَ وَلَهُ وَلَدٌ فَيَقُومُونَ مَقَامَهُ فِي الانْتِسَابِ إِلَى أَحَدِهِمَا أَوْ لاَ يَكُونُ لَهُ وَلَدٌ فَيَكُونُ مِيرَاثُهُ مَوْقُوفاً».

قال الماوردي: أما حدوث الموت بعد الاشتباه فالكلام فيه متعلق بفصلين:

أحدهما: نسب المولود.

والثاني: أبوة المرضع.

فأما نسب المولود، فالكلام فيه متعلق بفصلين:

أحدهما: حكم القيافة.

والثاني: حكم الانتساب.

فأما حكم القيافة فمعتبر بحال الميت، فإن كان الميت هو المولود نظر، فإن كان له ولد لم ينقطع بموته حكم القيافة وقام ولده في إلحاق القافة مقامه، وإن لم يترك ولداً نظر فإن دفن انقطع بدفنه حكم القيافة وإن لم يدفن فتى انقطاع حكم القيافة بموته وجهان.

أحدهما: لا ينقطع لبقاء الصور المشاكلة أو المتنافية.

والوجه الثاني: قد انقطع بموته حكم القيافة لأن في إشارات الحي وحركاته عوناً للقافة على إلحاقه، وذلك مفقود بموته، وإن كان الميت هو الواطئان أو أحدهما، فإن ترك الميت والداً لم ينقطع حكم القافة بموته، وقام والده مقامه كما قام ولد المولود مقامه واختلف أصحابنا في ولد الواطيء وأخيه، هل يقومان بعد موته مقام أبيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقومان مقامه لامتزاج النسب.

والثاني: لا يقومان مقامه لبعد الامتزاج وتغير الخلق باختلاف الأمهات، وإن لم يترك الواطيء بعد موته أحدا ففي انقطاع القيافة بموته قبل دفنه الوجهان الماضيان: وأما الانتساب فهو معتبر من جهة المولود دون الواطيء، وإنما انفرد به المولود لانفراده، ومنع منه الواطيء لاشتراكه فيه مع غيره، وأخذ به المولود جبراً وإن امتنع لأن في انتسابه حقاً لله تعالى بمنعهم من الاتفاق على نفي الانتساب، ولذلك قال النبي - ﷺ «لعن الله من انتفى مِنْ نَسب وإن رَقّ»، ولأن في الانتساب حقا له وحقا عليه، وإذا كان كذلك نظر في الميت، فإن كان هو المولود روعي حاله بعد الموت، فإن ترك ولداً قام ولده في أنتساب مقامه لما فيه من الطبع الحادث كالأب، وإن لم بترك ولدا انقطع حكم النسب بموته، وإن كان الميت هو الواطيء نظر حال المولود عند موته، فإن كان مراهقاً قوي الفطنة صحيح الذكاء قد شاهد الواطيء لم ينقطع انتسابه بموت المواطيء، وكان له الانتساب بعد موته ما كان له من الانتساب في حياته، وإن كان بخلاف ذلك طفلاً لا يميز أو لم يره في حياته سقط حكم انتسابه فهذا حكم نسب المولود إن حدث موت.

فصل: وأما أبوة المرضع فمعتبرة بنسب المولود فإن لم ينقطع نسبه بالموت على التفصيل المقدم لم تنقطع أبوة المرضع، وكان فيما تبع الولد النسب علة ما قدمناه وإن انقطع نسب المولود على التفصيل المقدم، كان في بنوة المرضع ما ذكرناه من الأقاويـل الثلاثة، وعليها تبنى مسألة الكتاب في تزويجه بنتاً من الواطئين فإن قلنا بالقول الأول إنه ابن لهما حرم عليه بنات كل واحد منهما، وكان محرماً لهن.

وإن قلنا بالقول الثاني انه نسب إلى أحدهما فإذا انتسب إليه حرمت عليه بناته فصار محرماً لهن لثبوت الأخوة بينهم، ولم يصر محرماً لبنات الآخر، وفي تحريمه عليهن وجهان:

أحدهما: يحرم عليهن تغليباً لحكم الحظر قبل الانتساب.

والثاني: لا يحرمن لانقطاع النسب بينه وبينهن، وإنما منع منهن ورعاً، وهو الظاهر من كلام الشافعي

وإن قلنا بالقول الثالث: إنه ينقطع عنه أبوة كل واحد منهما لم يصر محرماً لبنات واحد منهما وفي إباحة تزويجه بناتهما أربعة أوجه:

أحدها: أنه لا يحرم بنات واحد منهما لانقطاع الأبوة، ويجوز له أن يجمع بين بنت كل واحد منهما، وإنما يمنع من تزويجهما ورعاً لا تحريماً، وهو ظاهر كلام الشافعي

والوجه الثاني: أنه يحرم عليه بنات كل واحد منهما، وإن لم يصر محرماً لها تغليباً لحكم الحظر المشتبه.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن له أن يتزوج بنت أيهما شاء، ولا يجمع بينهما وبين بنت الآخر، فإذا فارقهما حل له نكاح بنت الآخر فجعله مخيراً في نكاح بنت كل واحد منهما، ومنعه من الجمع بينهما

قال: لأن الواحدة لا يتعين الحظر فيها، وتعين في الشيئين فمنع من الجمع ولم يمنع من الانفراد، وضرب بذلك مثالاً لرجلين رأياً طائراً فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر، فطار ولم يعلم هل كان غراباً أو غير غراب لا عتق على واحد منهما لانفراد بمشكوك في عتقه فإن اجتمعا تعين عليه عتق واحد منهما لاجتماعهما في ملك.

والوجه الرابع: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن له أن ينكح بنت أيهما شاء، فإذا نكحها حرمت عليه بنت الآخر كالمجتهد في إنائين من ماء إذا استعمل أحدهما حَرُم عليه استعمال الآخر والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ مَوْلُودٍ نَفَاهُ أَبُوهُ بِاللِّعَانِ لَمْ يَكُنْ أَباً لِلْمُرْضَعِ فَإِنْ رَجَعَ لَحِقَهُ وَصَارَ أَباً لِلْمُرْضَعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أرضعت المرأة بلبن ولادتها طفلاً ونفى الزوج ولدها باللعان انتفى عنه نسب المولود بلعانه، وتبعه المرضع في نفيه، لأن بنوة النسب أقوى من بنوة الرضاع فإذا انتفت بنوة النسب باللعان، فأولى أن تنتفي بنوة الرضاع

سواء أرضع قبل اللعان أو بعده، وسواء ذكر المرضع في لعانه أو لم يذكره، لأنه تابع للمولود في الثبوت والنفي، فلو اعترف به الأب بعد نفيه لحق به المولود، وتبعه ولد الرضاع فصار له ابناً من الرضاع كما صار المولود ابناً له من النسب لاتباعه له في الحالين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ وَثَبَتَ لَبَنُهَا أَوْ انْقَطَعَ ثُمَّ تَزَوَّجَتْ زَوْجاً فَأَصَابَهَا فَثَابَ لَهَا لَبَنٌ وَلَمْ يَظْهَرْ بِهَا حَمْلٌ فَهُوَ مِنَ الأَوَّلِ وَلَوْ كَانَ لَبَنُهَا ثَبَتَ فَحَمَلَتْ مِنَ الثَّانِي فَنَزَلَ بِهَا لَبَنٌ فِي الوَقْتِ الَّذِي يَكُونُ لَهَا فِيهِ لَبَنٌ مِنَ الحَمْلِ الآخَرِ كَانَ اللَّبَنُ مِنَ الأَوَّلِ بِكُلِّ حَالٍ لأَنَّا عَلَى عِلْمٍ مِنْ لَبَنِ الأَوَّلِ وَفِي شَكٍّ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَلَطَهُ لَبَنُ الآخَرِ فَلاَ أُحَرِّمُ بِالشَّكِّ وَأُحِبُّ لِلْمُرْضَعِ لَوْ تَوَقَّى بَنَاتِ الزَّوْجِ الآخَرِ (قال المزني) رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ: هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوِ انْقَطَعَ فَلَمْ يَثِبْ حَتَّى كَانَ الحَمْلُ الآخَرُ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ مِنَ الأَوَّلِ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا إِنَّهُ مِنَ الأَوَّلِ بِكُلِّ حَالٍ يَثُوبُ بِأَنْ تَرْحَمَ المَوْلُودَ أَوْ تَشْرَبَ دَوَاءً فَتَدِرَّ عَلَيْهِ، وَالثَّانِي أَنَّهُ إِذَا انْقَطَعَ انْقِطَاعاً بَيِّناً فَهُوَ مِنَ الآخَرِ وَإِنْ كَانَ لاَ يَكُونُ مِنَ الآخَرِ لَبَنٌ تُرْضِعُ بِهِ حَتَّى تَلِدَ فَهُوَ مِنَ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الأَقَاوِيلِ وَإِنْ كَانَ يَثُوبُ شَيْءٌ تُرْضِعُ بِهِ وَإِنْ قَلَّ فَهُوَ مِنْهُمَا جَمِيعاً وَمَنْ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ اللَّبَنِ وَالوَلَدِ قَالَ هُوَ لِلأَوَّلِ وَمَنْ فَرَّقَ قَالَ هُوَ مِنْهُمَا مَعاً وَلَوْ لَمْ يَنْقَطِعِ اللَّبَنُ حَتَّى وَلَدَتْ مِنَ الآخَرِ فَالوِلاَدَةُ قَطْعٌ لِلَّبَنِ الأَوَّلِ فَمَنْ أَرْضَعَتْ فَهُوَ ابْنُهَا وَابْنُ الزَّوْجِ الآخَرِ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن المطلقة إذا كان لها لبن من ولد الزوج المطلق فكل من أرضعته بلبنها كان ابناً لها ولزوجها المطلق، لأن اللبن يدر على المولود لحاجته إلى اغتذائه به فصار اللبن له، وهو ولد المطلق فكان ولد الرضاع بمثابته، وعلى حكمه وسواء كانت في عدتها أو انقضت فإن تزوجت بعد عدتها زوجاً كان من أرضعته بعد تزويجها ابناً للأول دون الثاني سواء دخل بها الثّاني أو لم يدخل ما لم تحبل فلو كان اللبن قد انقطع قبل دخول الثاني ثم ثاب ونزل بعد دخول الثاني كان اللبن للأول، لأنه مخلوق لغذاء الولد والولد للأول، وإنما ثاب للثاني بعد انقطاعه، لأن الجماع لقاح مباح به اللبن فثاب وظهر بعد كونه فلذلك كان للأول وكان المرضع ابناً له دون الثاني.

فصل: وأما إذا حملت من الثاني ثم أرضعت على حملها ولداً فينظر في وقت

الرضاع فإن كان في مبادىء الحمل في وقت لا يخلق للحمل فيه اللبن؛ لأن لبن الحمل يحدث عند الحاجة إليه، وذلك في زمان يستكمل فيه خلقه، ويجوز أن يولد فيه حياً فإن لم ينته الحمل إلى هذا الحد، فالولد للأول وإن ثاب ونزل بعد انقطاعه بتهيج الجماع فيكون المرضع ابناً للأول دون الثاني، وإن كان الحمل قد انتهى إلى وقت يجوز أن ينزل لمثله لبن لم يخل حينئذ لبن الحمل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حاله قبل الحمل لَمْ يزد عليه فيكون لبنها للأول، لأن الحمل لم يؤثر فيه، وكذلك لو نقص لبنها بالحمل فيكون المرضع به ابناً للأول.

والقسم الثاني: أن يكون لبنها قد زاد بالحمل، ولم ينقص ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم أنه يكون اللبن للأول والثَّاني والمرضع به ابناً لهما، لأن الزيادة في الحمل تكون مضافة إليه، وحادثة عنه، فامتزج اللبنان فصار كامتزاجه من امرأتين.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد أن اللبن للأول، والمرضع به ابناً له دون الثاني لأننا على يقين من بقاء اللبن من الأول في شك من الزيادة أن تكون للثاني لجواز حدوثها وبتهيج الجماع كحدوثها قبل الحمل، وهذا اختيار المزني، قال الشافعي «وأحب له توقي بنات الثاني لجواز أن تكون الزيادة له».

والقسم الثالث: أن يكون لبنها قد انقطع ثم ثاب ونزل بالحمل ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه للأول والمرضع به ابناً له، دون الثاني اعتباراً باليقين في بقاء لبنه وأنه مباح بالجماع فثاب ويستحب له أن لو توقى بنات الثاني.

والقول الثاني: أنه للثاني والمرضع به ابناً له دون الأول، لأن الظاهر من حدوثه بالحمل أنه منه ويستحب أن لو توقى بنات الأول.

والقول الثالث: أنه لهما والمرضع به ابناً لهما وتحرم عليه بناتهما، لأن احتمال الأمرين يوجب تساوي حكمهما، وأن لا يختص بأحدهما.

فصل: فأما إذا وضعت حملها فاللبن بعده حادث منه ومضاف إلى الثاني دون الأول على الأحوال كلها من الزيادة والنقصان، لأن حاجة المولود إلى اغتذائه يمنع من أن يكون لغيره فيكون المرضع به ابناً للثاني وهو في بنات الأول على حكم الإباحة.

فأما قول الشافعي ومن لم يفرق بين اللبن والولد قال هو للأول ومن فرق، قال: هو بينهما جميعاً فقد اختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: وهو تأويل أبي إسحاق المروزي أن معنى قوله «ومن لم يفرق بين اللبن والولد» يعني أن اللبن الواحد لا يكون من رجلين كما أن المولود لا يكون من أبوين.

فعلى هذا يكون المرضع ابناً للأول ما لم تضع حمل الثاني، فإذا وضعته صار المرضع بعد وضعه ابناً للثاني دون الأول، ولا يجوز أن يكون المرضع ابناً لهما، كما لم يجز أن يكون المولود ابناً لهما، وهو معنى قوله: «ومن فرق قال هو بينهما جميعاً» يعني ومن فرق بين اللبن والولد فجعل اللبن لرجلين، وإن لم يجز أن يكون المولود لأبوين، لأنه يجوز أن يكون للمرضع أمين، ولا يجوز أن يكون للمولود أمين.

فعلى هذا يجوز أن يكون للمرضع باللبن الزائد قبل الولادة ابناً لهما، ولم يجز أن يكون المولودإلالأحدهما.

والوجه الثاني: أن معنى قوله «ومن لم يفرق بين اللبن والولد» يعني أنه لا يجوز أن يكون للمولود قبل ولادته لبن، ويجعل جميعه مع الزيادة للأول جعل المرتضع قبل الولادة ابناً للأول، ومن فرق بينهما يعني جعل له اللبن الحادث قبل ولادته إذا زاد بحمله قال: إن المرتضع به ابناً لها، حتى تضع حملها فيصير المرتضع بعد الحمل ابناً للثاني دون الأول، وكلا التأويلين محتمل والله أعلم.

الشَّهَادَاتُ فِي الرَّضَاعِ وَالإِقْرَارُ مِنْ كِتَابِ الرَّضَاعِ وَمِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ القَدِيم

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لاَ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ مِنْ غَيْرِ ذَوِي المَحَارِمِ أَنْ يَتَعَمَّدُوا النَّظَرَ إِلَيْهِ لِغَيْرِ شَهَادَةٍ مِنْ وِلاَدَةِ المَرْأَةِ وَعُيُوبِهَا الَّتِي تَحْتَ ثِيَابِهَا وَالرَّضَاعُ عِنْدِي مِثْلُهُ لاَ يَحِلُّ لِغَيْرِ ذِي مَحْرَمٍ أَوْ زَوْجٍ أَنْ يَتَعَمَّدَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى ثَدْيِهَا وَلاَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى رَضَاعِهَا بِغَيْرِ رُؤْيَةِ ثَدْيَيْهَا».

قال الماوردي: يجوز أن تقبل شهادة النساء منفردات في أربعة مواضع: الولادة والاستهلال، والرضاع، وعيوب النساء التي تحت الثياب، وهو قول الجمهور.

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: لا تقبل شهادتين إلا في الولادة وحدها، استدلالاً بأن الرضاع يجوز أن يطلع عليه الرجال من ذوي الأرحام، فلم يقبل فيه النساء على الانفراد كالذي يجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب.

ودليلنا هو أن ما كان من عورات النساء، وكن فيه على استتار وصيانة جاز أن يشهد به النساء منفردات كالولادة، وخالف الزنا لأنهن هتكن فيه العورة فلم تقبل فيه إلا الرجال.

وهذه المسألة تستوفي في كتاب الشهادات فإن شهد الرجال بذلك نُظِرَ، فإن كان من غير تعمد للنظر فهم على العدالة وشهادتهم مقبولة، وإن تعمدوا النظر لغير الشهادة كانوا فسقة لا تقبل شهادتهم، وإن تعمدوا النظر لإقامة الشهادة ففي قبول شهادتهم لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري إنهم فسقة لا تقبل شهادتهم، لأنهم عمدوا النظر إلى عورة محرمة عليهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي إنهم على العدالة وشهادتهم مقبولة لما في النظر من الأحكام التي يلزم حفظها في حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين.

والوجه الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنهم يقبلون في الزنا ولا يقبلون

فيما عداه، لأن الزاني قد هتك حرمة نفسه فجاز النظر إليه لإقامة حد الله تعالى عليه، وخالف حكم من كان على ستره وصيانته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ مِنَ النِّسَاءِ عَلَى الرَّضَاعِ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ حَرَائِرَ بَوَالِغَ عُدُولٍ وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا أَجَازَ شَهَادَتَيْنِ فِي الدَّيْنِ جَعَلَ امْرَأَتَيْنِ يَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في عدد النساء فيما يشهدون فيه منفردات على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي وعطاء، أنه لا يقبل منهن أقل من أربع.

والثاني: وهو مذهب الحسن البصري وعثمان البتي، أنه يقبل منهن ثلاث.

والثالث: وهو مذهب مالك أنه يقبل فيه امرأتان.

والرابع: وهو مذهب الأوزاعي أنه يقبل منه شهادة الواحدة.

واحتج من اعتبر الثلاث بأن الرجل والمرأتين بينة كاملة، وقد أقيم النساء في هذا الموضع مقام الرجال فأبدل الرجل بامرأتين فصرن ثلاثاً.

واحتج من اعتبر شهادة امرأتين بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أن امرأة شهدت عنده أنها أرضعت رجلاً وامرأة فقال اطلبوا لي معها أخرى، ولم يفسخ النكاح، ولأنهن قد أقمن مقام الرجال فاقتصر منهن على عدد الرجال.

واحتج من قَبِل شهادة الواحدة بأن رسول الله ﷺ سمع شهادة القائلة؛ ولأنه لما اقتصر على قبول النساء للضرورة قبلت الواحدة، لأجل الضرورة.

والدليل على أنه لا يجوز أن يقبل منهن أقل من أربع قول الله تعالى **﴿فإنْ لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾** [البقرة: ٢٨٢] وفيه تأويلان:

أحدهما: أن يجعلها كالذكر.

والثاني: أن تذكرها إذا نسيت فلما أقام المرأتين مقام الرجل لم يقبل من الرجال أقل من اثنين، وجب أن لا يقبل من النساء أقل من أربع، ولأن الشهادة إذا كان للنساء فيها مدخل لم يقتصر على شهادة الواحد كالأموال.

فأما شهادة القابلة فالجواب عنه يأتي.

فإن قيل: قد روي ابن أبي مليكة عن أبي مريم قال: تزوجت امرأة فجاءت سوداء، فقالت: إني أرضعتكما فجئت إلى النبي ﷺ وقلت: إن السوداء قالت كذا، وهي كاذبة، فقال النبي ﷺ «دعها لا خير لك فيها».

قيل عنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: ما روي عن النبي ﷺ أعرض عنه، وقال: وكيف وقد زعمت السوداء أنها أرضعتكما، وذلك لا يدل على الحكم بشادتها في الإمضاء، ولا في الرد وأجراه فجرى الخبر الذي يحتمل الصدق والكذب فلم يقطع بأحدهما.

والثاني: أن قول النبي ﷺ «دعها لا خير لك فيها» طريقه طريق الاختيار والاستحباب دون الالتزام والإيجاب لقوله «لا خير لك فيها» ولو حرمت لأخبره بتحريمها.

والثالث: أن السوداء التي شهدت كانت أمة وشهادة الأمة غير مقبولة، وقد روى الحديث على سياقه ابن جريج عن ابن أبي مليكة أن عقبة بن الحارث أخبره أنه نكح أم يحيى بنت أبي إهاب فقالت له أمة سوداء قد أرضعتكما، قال: فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عنها، قال: فجئت فذكرته ذلك له فقال: «وكيف وقد زعمت السوداء أنها أرضعتكما»، قال: فنهى عنها.

فدل على أن النهي لم يكن للشهادة وإنما كان للاحتياط.

فإن قيل: فقد روى محمد بن عبد الرحمن السلماني عن أبيه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ سئل عما يجوز في الرضاع فقال رجل أو امرأة.

قيل: هذا رواه حرام، ورواه أيضاً عمارة بن حرمي وهو ضعيف، قال الشافعي حديث حرام قبوله حرام وابن السلماني ضعيف وعلى أنه لو صح لكان محمولاً على جواز أن يشهد فيه الرجال إذا انفردوا ويشهد به النساء إذا انفردن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتِ المَرْأَةُ تُنْكِرُ الرَّضَاعَ فَكَانَتْ فِيهِنَّ أُمَّهَا أَوِ ابْنَتُهَا جُزْنَ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَتْ تَدَّعِي الرَّضَاعَ لَمْ يَجُزْ فِيهَا أُمُّهَا وَلاَ أُمَّهَاتُهَا وَلاَ ابْنَتُهَا وَلاَ بَنَاتُهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، فلا يخلو حال المدعي الرضاع بعد الزوجية من أن يكون هو الزوج أو الزوجة، فإن كان مدعيه الزوج فقد انفسخ نكاح بدعواه، لأن الفرقة بيده قال الشافعي «وأحب أن يطلق واحدة ليستبيح الأزواج بيقين».

وإنما قيل قوله في الفرقة «بغير بينة»، لأنه حق له ولم يقبل في المهر إلا ببينة

لأنه حق عليه فإن لم تكن له بينة كان عليه قبل الدخول نصف المسمى وبعد الدخول جميعه، وإن كان له بينة، وبينته شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو أربع نسوة، لأنها بينة على الرضاع فلا يجب عليه قبل الدخول مهر، وعليه بعد الدخول مهر المثل يستحق بالإصابة دون المسمى، لفساد العقد.

فلو شهد له بالرضاع أمهاته أو بناته لم يقبلن، لأن شهادة الوالد لولده مردودة، وكذلك شهادة الولد لوالده وإن كان فيهن أم الزوجة أو بنتها قبلت شهادتها، لأن شهادة الوالد على ولده مقبولة، وإن لم يقبل له.

وإن كان مدعي الرضاعة الزوجة، والزوج منكر لم يقبل قولها في الفرقة إلا ببينة لأنها لا تملك الفرقة، فإن أقامت بينة برجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة يشهدن بالرضاع قُبِلَتْ بينتها، ووقعت الفرقة، وسقط مهرها قبل الدخول، وكان لها مهر المثل بعد الدخول، فلو كان في شهودها أمها أو بنتها ردت شهادتهما للتهمة، ولو كان فيهن أم الزوج أو بنته قبلت شهادتهما عليه لارتفاع التهمة.

فإن قيل: فكيف يصح أن تشهد البنت على رضاع أبيها وأمها والرضاع يكون في الصغر الذي لا يجوز أن يشهده الولد، قيل: لأنه قد يجوز أن يكون أحد الزوجين كبيراً له ولد يكون الآخر صغيراً فيرتفع من أم الكبير وتشهده بنته فتشهد بالرضاع له وعليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَجُوزُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ الَّتِي أَرْضَعَتْ لأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا فِي ذَلِكَ وَلاَ عَلَيْهَا مَا تُرَدُّ بِهِ شَهَادَتُهُما (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَيْفَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى فِعْلِهَا وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ أُمِّهَا وَأُمَّهَاتِهَا وَبَنَاتِهَا فَهُنَّ فِي شَهَادَتِهِنَّ عَلَى فِعْلِهَا أَجْوَزُ فِي القِيَاسِ مِنْ شَهَادَتِهَا عَلَى فِعْلِ نَفْسِهَا».

قال الماوردي: أما شهادة المرضعة بالرضاع فمقبولة ما لم تدع بها أجرة الرضاع، لأنها لا تستفيد بها نفعاً، ولا تستدفع بها ضرراً، فزالت التهمة عنها فَقُبِلَتْ.

فإن قيل: فهي تشهد على فعلها وشهادة الفاعل على فعله مردودة كالحاكم إذا شهد بما حكم به، والقاسم إذا شهد بما قسمه.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الحاكم والقاسم تفردا بالفعل فلم تصح شهادتهما به والمرضعة إما أن ينفرد الولد بالرضاع وهي نائمة، وإما أن تمكنه فيكون الولد هو المرتضع فلم تكن شهادتهما على مجرد فعلها.

والثاني: أن في شهادة الحاكم والقاسم تزكية لهما، لأنه لا يصح منها مع الفسوق والكفر فلم ترد به شهادتها مع العدالة.

فصل: فأما إذا ادعت المرضعة بشهادتها الأجرة لم يُقْبَل به قولها في استحقاق الأجرة، وهل ترد به شهادتها في الرضاع وثبوت التحريم به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو محكى عن أبي إسحاق المروزي أنها تقبل ولا ترد.

والثاني: وهو محكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنها ترد ولا تقبل، واختلافهما في ذلك محمول على اختلاف قول الشافعي في الشاهد إذا ردت شهادته في بعض ما شهد به هل ترد في الباقي؟ على قولين يذكران في كتاب الشهادات.

فصل: فأما المزني فإنه غلط على الشافعي غلطاً واضحاً فظنّ أنه أجاز شهادة المرضعة ورد شهادة أمها.

فقال: «كيف يجوز شهادتها على فعلها، ولا تجوز شهادة أمها»؟

وهذا غلط منه على الشافعي، لأن الشافعي إنما رد شهادة أم الزوجين من النسب ولم يرد شهادة أم المرضعة؟ لأن أبوة الرضاع لا تمنع من قبول الشهادة وإنما منعت أبوة النسب منها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُوقَفْنَ حَتَّى يَشْهَدْنَ أَنْ قَدْ رَضَعَ المَوْلُودُ خَمْسَ رَضْعَاتٍ يَخْلُصْنَ كُلُّهُنَّ إِلَى جَوْفِهِ وَتَسَعُهُنَّ الشَّهَادَةُ عَلَى هَذَا لأَنَّهُ ظَاهِرُ عِلْمِهِنَّ وَذَكَرَتِ السَّوْدَاءُ أَنَّهَا أَرْضَعَتْ رَجُلاً وَامْرَأَةً تَنَاكَحَا فَسَأَلَ الرَّجُلُ النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ فَقَالَ «وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتِ السَّوْدَاءُ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا» (قال الشافعي) إِعْرَاضُهُ ﷺ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ لَمْ يَرَ هَذَا شَهَادَةً تَلْزَمُهُ وَقَوْلُهُ «وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتِ السَّوْدَاءُ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا» يُشْبِهُ أَنْ يَكْرَهَ لَهُ أَنْ يُقِيمَ مَعَهَا وَقَدْ قِيلَ إِنَّهَا أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَهُوَ مَعْنَى مَا قُلْنَا يَتْرُكُهَا وَرَعَاً لاَ حُكْماً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا تسمع الشهادة على الرضاع مع اختلاف الناس فيه إلا مشروحة ينتفي عنها الاحتمال وينقطع بها النزاع، فإذا شهدن أنهما أخوان من الرضاع لم تسمع شهادتين حتى يصفن الرضاع، ويذكرن العدد وصفة الرضاع فجمع ثلاثة شروط:

أحدها: معاينة التقام المولود لثدي المرأة، لأن هذا إنما يعاين ويشاهد فلم يعمل فيه على الاستدلال كالقاتل والمقتول، والغاصب والمغصوب، فلو دخل المولود

في ثياب المرضعة مستتراً بها لم تصح شهادتين بالرضاع لعدم الرؤية قطعاً.

والثاني: أن يشهدن أن في ضرع المرضعة لبناً بفعل المفطوم، وعلمهن بوجود اللبن في الثدي يكون بأن يحلب فيرى لبنه، وهذا محتاج إليه في الرجعة الأولى فأما فيما بعدها إلى استكمال الخمس فلا يحتاج إليه أن قرب الزمان لتقدم العلم به، ويحتاج إلى مشاهدته بعد تطاول الزمان وبُعْدَه.

والثالث: أن يشهدن بوصول اللبن إلى جوفه، وهذا يعمل فيه على الاستدلال لأن الشهادة فيه متعذرة، لأنه إذا علم جوع الطفل، وقد التقم الثدي ومصه وتحرك حلقومه حركة الشرب وسكن ما كان فيه من الهتم بالتقام الثدي علم وصول اللبن إلى جوفه بظاهر الاستدلال، وغالب الظن الذي لا يوجد طريقاً إلى الزيادة عليه فجازت الشهادة به قطعاً مع عدم المشاهدة، لأنها غاية ما يعلم به مثله كالشهادة بالأنساب والأملاك حيث جازت بشائع الخبر فتحررت بصفة الشهادة هذه الشروط أن يشهدن فيقلن نشهد أنه التقم ثدييها، وفيه لبن ارتضع خمس رضعات وصلن كلهن إلى جوفه فيحكم حينئذ بشهادتين لا ينفى الاحتمال عنها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ هَذِهِ أُخْتِي مِنَ الرَّضَاعَةِ أَوْ قَالَتْ هَذَا أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ وَكَذَّبَتْهُ أَوْ كَذَّبَهَا فَلَا يَحِلُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْكِحَ الآخَرَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل وامرأة لا نكاح بينهما فأقر الرجل أنها أخته من الرضاعة أو بنته أو أمه، أوأقرت المرأة بأنه أخوها من الرضاعة، أو ابنها أو أبوها كان قول كل واحد منهما في التحريم مقبولاً عليها إذا كان ممكناً سواء صدقه صاحبه عليه أو كذبه، وإن لم يمكن واستحال مثل أن يتساوى بينهما أو يتقارب فتقول المرأة: هذا أبي من الرضاعة، أو يقول الرجل: هذه أمي من الرضاعة فيعلم استحالة هذا الإقرار فيكون مردوداً لا يتعلق به التحريم.

وقال أبو حنيفة: يقبل الإقرار ويثبت به التحريم مع استحالته التزاماً للإقرار، وتغليباً للحظر وبناء على أصله فيمن قال لعبد له هو أكبر سناً منه، أنت ابني، عتق عليه مع استحالة بنوته وهذا قول مستهجن يدفعه المعقول والكلام عليه يأتي بعد، فإذا ثبت ما وصفنا وحكم بتحريم الرضاع بينهما بوجود الإقرار من أحدهما لم يحتج في الإقرار إلى صفة الرضاع وذكر العدد بخلاف الشهادة لأمرين:

أحدهما: أن الشهادة لا تصح إلا عن مشاهدة فاستوفى فيها شروط المشاهدة والإقرار لا يفتقر إلى المشاهدة، لأنه لا يشاهد رضاع نفسه من لبن أمه، وإنما يعمل على الخبر الذي يوثق له فيصدقه.

والثاني: أن في الشهادة التزام حق على غير المشاهد فبنى على الاحتياط في نفي الاحتمال، والإقرار التزام حق على النفس فكان في ترك الاحتياط تقصير عن المقر فالتزم حكم إقراره هذا فيما تعلق بصفة الرضاع.

فأما العدد فمعتبر بحال الإقرار فإن قال الرجل: بيني وبينها رضاع افتقر التحريم إلى ذكر العدد، وإن قال: هي أختي من الرضاع لم يفتقر إلى ذكر العدد إن كان من أهل الاجتهاد، لأن في اعترافه بإخوتها التزاماً بحكم التحريم بالعدد المحرم وإن لم يكن من أهل الاجتهاد احتمل وجهين:

أحدهما: يلزمه ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقراره بجهله بالتحريم المحتمل.

والوجه الثاني: لا يلزم ذكر العدد، ولا يرجع فيه إليه بعد إطلاق الإقرار بالتحريم كما لا يرجع إليه في صفة الطلاق بعد إقراره به كما لو أقر بأنها أخته من النسب.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من ثبوت التحريم بإقرار كل واحد منهما فإنَّهما يمنعان من النكاح، فإن تناكحا فُسِخَ النكاح عليهما ولا مهر عليه إن لم يدخل بها سواء كان الإقرار من جهتها أو من جهته لفساد النكاح بينهما، وإن دخل بها حدّاً إن علما تحريم الرضاع، ولا حد عليهما، إن لم يعلما ولا مهر لها إن حُدَّت ولها المهر إن لم تحد، ولكن لو كانت أمة فوطئها بملك اليمين كان في وجوب الحد عليهما مع علمهما بالتحريم قولان، كالأخت من النسب.

فلو رجعا عن الرضاع بعد إقرارهما اعتبر حال إقرارهما، فإن لزمهما في الظاهر والباطن لعلمهما به لم يقبل رجوعهما فيه ظاهراً ولا باطناً، وإن لزمهما إقرارهما في الظاهر دون الباطن لجهلهما به لم يقبل رجوعهما ظاهراً، وقيل باطناً.

فإن قيل: أفليس لو ادعت امرأة على رجل عقد نكاح وأنكرها ثم اعترف بها حلت له؟ فهلا كان في الرضاع كذلك؟

قيل لأن تحريم التي أنكرها غير مؤبد، فجاز أن يستبيحها بالاعتراف، وتحريم الرضاع مؤبد فلم يستبحها بالاعتراف.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ بِذَلِكَ بَعْدَ عَقْدِ نِكَاحِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ كَذَّبَتْهُ أَخَذَتْ نِصْفَ مَا سُمِّيَ لَهَا».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وقلنا إن دعوى أحدهما للرضاع بعد وجود العقد بينهما مقبول في وقوع الفرقة من قبل الزوج، وغير مقبول من جهة الزوجة لما قدمناه من الفرق بينهما في أن الفرقة يملكها الزوج ولا تملكها،

فلذلك قُبل في الفرقة قول الزوج دون الزوجة، فأما سقوط المهر قبل الدخول والانتقال إلى مهر المثل بعد الدخول فلا يقبل فيه قول الزوج، وإن قبل قوله في الفرقة، لأن العقد حق له والمهر حق عليه فقبل قوله فيما له، ولم يقبل فيما عليه فتحلف الزوجة إذا أكذبته وتستحق نصف المسمى قبل الدخول وجميعه بعده ويمينها على العلم، لأنها على نفي في فعل الغير فتحلف بالله أنها لا تعلم أن بينهما رضاعاً فإن نكلت عنها ردت على الزوج وحلف على البت بالله أن بينهما رضاعاً يصفه، لأن يمينه كالبينة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ هِيَ المُدَّعِيَةَ أَفْتَيْتُهُ أَنْ يَتَّقِيَ اللَّهَ وَيَدَعَ نِكَاحَهَا بِطَلْقَةٍ لِتَحِلَّ بِهَا لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً وَأَحْلِفَهُ لَهَا فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وَفَرَّقْتُ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ادعت الزوجة بالرضاع لم يخل حال الزوج معها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقها فيفسخ النكاح بتصديقه ويسقط المهر المسمى بدعواها وتحل للأزواج بعد عدتها.

والحال الثانية: أن يكذبها فلا يقبل دعواها عليه ويحلف لها الزوج، ويكونان على النكاح وفي صفة يمينه وجهان:

أحدهما: أنها على العلم كيمين الزوجة إذا أنكرت الرضاع.

والثاني: على البت والقطع.

والفرق بين يمين الزوج ويمين الزوجة، وإن كانتا على نفي فعل الغير أن في يمين الزوج مع تصحيح العقد فيما مضى إثبات استباحة في المستقبل فكانت على البت تغليظاً، ويمين الزوجة لبقاء حق وجب بالعقد فكانت على العلم تحقيقاً، فإن كان نكل الزوج عنها ردت على الزوجة، وحلفت على البت، لأنها يمين إثبات فكانت على البت.

والحال الثالثة: أن يسكت فلا يقع في نفسه صدقها ولا كذبها ففي جواز إحلافه وجهان بناء على الوجهين في صفة يمينه.

أحدهما: يجوز أن يحلف إذا قيل أن يمينه على نفي العلم، وله أن يستمتع بها حكماً ويختار أن يفارقها ورعاً.

والوجه الثاني: ليس له أن يحلف إذا قيل: إن يمينه على البت، ويكون بالخيار بين أمرين:

إما أن يرد عليها اليمين فإذا حلفت فسخ النكاح بينهما، وإما أن يطلقها واحدة لتحل لغيره من الأزواج، وهو معنى قول الشافعي وأفتيته أن يتقي الله ويدع نكاحها بطلقة وهذا أولى الأمرين، لأنها تستبيح الأزواج بيقين متفق عليه، لأنها إن كانت في دعوى الرضاع صادقة فالنكاح مفسوخ، والطلاق وإن لم يقع فليس بضار، وإن كانت كاذبة حلت بالطلاق للأزواج والله أعلم.

بَابُ رَضَاعِ الخُنْثَى

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِنْ كَانَ الأَغْلَبُ مِنَ الخُنْثَى أَنَّهُ رَجُلٌ نَكَحَ امْرَأَةً وَلَمْ يُنْزِلْ فَنَكَحَهُ رَجُلٌ فَإِذَا نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَكُنْ رَضَاعاً يُحَرِّمُ وَإِنْ كَانَ الأَغْلَبُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ فَنَزَلَ لَهُ لَبَنٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ فَأَرْضَعَ صَبِيًّا حَرُمَ وَإِنْ كَانَ مُشْكِلاً فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ وَبِأَيِّهِمَا نَكَحَ بِهِ أَوَّلاً أَجَزْتُهُ وَلَمْ أَجْعَلْ لَهُ يَنْكِحُ بِالآخَرِ».

قال الماوردي: قد تكرر في كتابنا هذا ذكر الخنثى، وذكرنا في كل موضع منه من أحكامه طرفاً والأصل فيه أن الله تعالى خلق الحيوان ذكوراً وإناثاً جمع بينهما في الشبه ليأنس الذكور بالإناث، وفرق بينهما في آلة التناسل فجعل للرجل ذكراً وللمرأة فرجاً ليجتمعا على الغشيان بما ركبه في طباعهما من شهوة الاجتماع فيمتزج المنيان في قرار الرحم، وهو محل العلوق ليحفظ بالتناسل بقاء الخلق فمن أفرده بالذكر كان رجلاً، ومن أفرده بالفرج كان امرأة، ومن جمع هذين العضوين الذكر والفرج فهو الخنثى سمي بذلك لاشتراك الشبهين فيه مأخوذ من قولهم: تخنث الطعام والشراب إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود وشاركه طعم غيره، ورجل مخنث لأنه شبه بالإناث في أقواله وأفعاله، فإذا كان كذلك فقد جعل لكل واحد من عضوي الذكر والفرج منفعتين عامة وخاصة فالمنفعة العامة، هي البول والمنفعة الخاصة هي غشيان التناسل، فإذا اجتمع العضوان في الشخص الواحد فكان له ذكر وفرج لم يجز أن يكون ذكراً وأنثى، ولم يجز أن يكون لا ذكراً ولا أنثى، ولم يجز أن يكون بعضه ذكراً وبعضه أنثى لما في ذلك من خرق العادة التي ركبها في خلقه، وحفظ بها تناسل العالم ووجب أن يكون، إما ذكراً وإما أنثى، وقد اشتبه الأمر في الجمع بين الذكر الدال على كونه رجلاً، والفرج الدال على كونه امرأة، فوجب أن يستدل عليه بالغالب الظاهر من منافعهما، وهو البول فإن بال من الذكر كان رجلاً وكان الفرج عضواً زائداً، وأجري عليه حكم الرجال في جميع أحواله، وإن بال من الفرج كان امرأة وكان الذكر عضواً زائداً، وأجرى عليها حكم النساء في جميع أحوالها، لأن وجود منفعة العضو فيه دليل على أنه مخلوق له، ولذلك لما سئل رسول الله ﷺ في غلام ميت حمل إليه من الأنصار له ذكر وفرج فقال ورثوه من حيث يبول، وهذا الخنثى غير مشكل، وإن كان

يبول منهما فيخرج بوله من ذكره ومن فرجه، وجب أن يراعي أسبقهما بولا لقوته فيحكم به فإن استويا في السبق وجب أن يراعي آخرهما انقطاعاً لغلبته فيحكم به فإن استويا في السبق والخروج غير مشكل.

وقال أبو حنيفة: يعتبر أكثرهما بولاً فيحكم به، وحكاه أبو القاسم الداركي على المذهب، وأنكره سائر أصحابنا وجعلوه مشكلاً فلو سبق بوله من أحدهما، وتأخر انقطاعه من الآخر بقدر السبق ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم بالسبق.

والثاني: قد استويا، ويكون مشكلاً، فلو سبق بوله من أحدهما، وكان قليلاً وتأخر من الآخر، وكان كثيراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يحكم بالسابق منهما.

والثاني: يحكم بأكثرهما.

والثالث: يكون مشكلاً فلو كان يبول من أحدهما تارة، ومن الآخر تارة، أو كان يسبق أحدهما تارة ويتأخر تارة، اعتبر أكثر الحالتين منهما، فإن استويا فهو مشكل.

وقال بعض أصحابنا: اعتبر صفة البول فإن زرق فهو ذكر وإن رشش فهو أنثى.

وأنكر سائر أصحابنا هذا الاعتبار وجعلوه مشكلاً، فإذا عدم البيان من طريق المبال الذي هو الأعم من منفعتي العضوين وجب الرجوع إلى اعتبار المنفعة الخاصة، وهي المني، وذلك يكون عند البلوغ فإن أمنى من ذكره فهو رجل، وإن أمنى من فرجه فهي امرأة، وإن أمنى منهما فلا بيان فيه. واختلف أصحابنا هل يعتبر بالحيض أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر بالحيض فإن حاض فهو أنثى، وإن لم يحض فهو ذكر.

والوجه الثاني: لا اعتبار بالحيض، وإن اعتبر المني، لأنهما يشتركان في المني، ويختلفان في مخرجه فجاز أن يكون معتبراً كما يشتركان في البول، ويختلفان في مخرجه ولا يشتركان في الحيض، وقد يجوز أن يكون الدم ليس بحيض، فإذا فات البيان من الذكر والفرج باعتبار البول والمني فلا اعتبار بعدهما بشيء من أعضاء الجسد وصفاته فلا تكون في اللحية دليل، لأنها قد تكون لبعض النساء، ولا تكون في الثدي واللبن لأنه قد يكون لبعض الرجال.

وروي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه اعتبر بعدد الأضلاع فإن أضلاع المرأة متساوية من الجانبين، وأضلاع الرجل تنقص من الجانب الأيسر، ضلعاً لأجل ما حكي أن الله تعالى خلق حواء من ضلع آدم الأيسر، وبهذا قال حسن البصري وحكاه

ابن أبي هريرة عن بعض أصحابنا، ومذهب الشافعي وجمهور أصحابنا أنه لا اعتبار بعدد الأضلاع لأمرين:

أحدهما: أنه لو كان معتبراً لقدّم على اعتبار المبال، لأنه أصل ثابت في الخلقة.

والثاني: ما حكي عن أصحاب التشريح وما توجد شواهده في البهائم بعد الذبح أن أضلاع الذكر والأنثى متساوية في اليمنى واليسرى، وأنها أربعة وعشرون ضلعاً من الجانبين وفي كل جانب منها اثنا عشر ضلعاً خمسة منها تتلاقى، وسبعة منها أضلاع الخلف وهي التي لا تتلاقى، فإذا لم يزل إشكاله بالأمارات الظاهرة لتكافىء دلائلها وجب أن يرجع إلى الأمارات الباطنة المركوزة في طبعه، فإن الذكر مطبوع على ما ركبه الله تعالى فيه من شهوة الأنثى والأنثى مطبوعة على ما ركبه الله تعالى فيها من شهوة الرجال الذكر لَيحفَظَ بالشهوة الغريزية بقاء التناسل.

ومثاله ما يقوله في لحوق الأنساب عند الاشتراك والاشتباه، وإنما يرجع بالقافة إلى الأمارات الظاهرة في الجسد فإذا عدم البيان منها رجعنا إلى الأمارات الباطنة في الميل بالطبع المركوز في الخلقة إلى المتمازجين في الانتساب فيؤخذ بالانتساب إلى من مال طبعه إليه كذلك الخنثى، وهذه الشهوة تستكمل بالبلوغ فلا اعتبار بها قبل البلوغ والذي يكون به الخنثى المشكل بالغاً قد ذكرناه في باب الصلاة فإذا بلغ اعتبرت حينئذ شهوته في الميل إلى أحد الجنسين فإن مالت شهوته إلى النساء حكم بأنه رجل وإن مال إلى شهوة الرجال حكم بأنه امرأة، ولم يقبل رجوعه كما أجرى عليه من حكم أحد الجنسين إلا أن تظهر من دلائل أصل الخلقة ما تقتضيه، وذلك بأن يرجع إلى شهوته عند عدم البيان في المبال لتساويهما، ويحكم بميله إلى الرجال أنه امرأة ثم ينقطع بوله من الفرج ويستدر من الذكر، فيحكم بأنه رجل بعد أن جرى حكم النساء عليه، لأن الأمارات الظاهرة أقوى بياناً من الأمارات الباطنة، فإن كان قد تزوج رجلاً فسخ نكاحه وزوج امرأة إن شاء.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من حال الخنثى في زوال إشكاله أو بقائه على إشكاله فيحكم من أرضعه من الأطفال معتبر بحاله فإن أجرى عليه حكم الرجال، ونزل له لبن فأرضع به طفلاً لم تنتشر به الحرمة ولم يصر ابناً له من الرضاع، لأن الرجل لا يصير بلبنه أباً وقال الحسين الكرابيسي: يصير بلبنه أباً كالأم تصير بلبنها أماً وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الله تعالى أثبت بالرضاع أماً، ولم يثبت به أباً فقال ﴿**وَأُمَّهَاتُكُم اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُم**﴾ [النساء: ٢٣].

والثاني: أن الحرمة تنتشر عن ارتضاع اللبن المخلوق لغذاء الولد، وذلك مخصوص فيما خلقه الله تعالى غالباً من ألبان النساء دون الرجال، وصار لبن الرجل أضعف حكماً من لبن البهيمة التي لا ينتشر به حرمة الرضاع، ولأن الرضاع تبع للولادة فلما كانت المرأة محل الولادة، وجب أن تكون محل الرضاع، وإذا لم تنتشر الحرمة بلبن الرجل فقد قال الشافعي: كرهت له إن كان المرضع بنتاً أن يتزوجها لاغتذائها بلبنه، فإن تزوجها لم يفسخ نكاحه لعدم حرمته، وإن أجرى على الخنثى حكم النساء وأبيح له التزويج بالرجال انتشرت الحرمة عن لبنه قبل التزويج وبَعْدَه، لأن لبن النساء مخلوق للاغتذاء، وليس جماع الرجل شرطاً فيه وإن كان سبباً لنزوله في الأغلب فصار كالبكر إذا نزل لها لبن فأرضعت به طفلاً انتشرت به حرمة الرضاع، وإن كان من غير جماع فلو حكم بانتشار حرمة اللبن بما أجرى عليه من أحكام النساء وتزوج رجلاً ثم ذكر ميله إلى طبع الرجال، وقال أنا رجل، نظرفإن كان ذلك بما ادعاه من انتقال الشهوة لم يقبل منه، لأنه متهوم فيه، وكان على حكمه الأول في كونه امرأة، وكان الزوج على نكاحه لكن يقال له: نختار لك في الورع أن تفارقها إن صدقتها، وإن كان ذلك بالأمارات الظاهرة في البول والمني الذي لا يتهم فيه قُبِلَ منه، ونقل عن أحكام النساء إلى أحكام الرجال وانفسخ نكاح الزوج، وبطل ما انتشر من حرمة الرضاع، وكرهنا له إن كان الولد بنتاً إن يتزوجها وأبيح له أن يتزوج امرأة بعد أن تزوج برجل، وإن كان على إشكاله فقد ذهب بعض أصحابنا إلى أنه إذا فات البيان بالأمارات الظاهرة والباطنة لتكافئها وعدم الشهوة المركوزة في الطبع صار نزول اللبن بياناً، لأنه لا ينزل في الغالب إلا من امرأة فاعتبر الإشكال بالأغلب منهما لا اللبن وأجرى عليه أحكام النساء وانتشرت الحرمة عن لبنه، وقد حكى هذا الوجه ابن أبي هريرة، ومن ذهب إلى هذا اختلف عنه في ظهور اللحية هل يصير بياناً عند عدم البيان؟ على وجهين:

أحدهما: يصير بياناً كاللبن.

والثاني: لا يصير بياناً، لأنه لما لم يكن عدم اللحية دليلاً على الأنوثة لم يكن وجودها دليلاً على الذكورية، والذي عليه جمهور أصحابنا وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يصير اللبن واللحية بياناً، لأنهما قد يشترك فيهما الجنسان، وإن كان نادراً فلم يصر بياناً، وإذا فات البيان ودام الإشكال وأرضع بلبنه مولوداً لم يحكم للبنه بانتشار الحرمة، لجواز أن يكون رجلاً، ولا يعدمها، لجواز أن تكون امرأة، وكان على الوقف ما بقي على الإشكال، لأن ما من وقت يحدث إلا وقد يجوز أن يحدث فيه ما يزول به الإشكال فلأجل ذلك وُقِفَ والله أعلم.

كِتَابُ النَّفَقَاتِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ لَا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] أَيْ لَا يَكْثُرَ مَنْ تَعُولُونَ (قال) وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةَ امْرَأَتِهِ فَأُحِبُّ أَنْ يَقْتَصِرَ الرَّجُلُ عَلَى وَاحِدَةٍ وَإِنْ أُبِيحَ لَهُ أَكْثَرُ وَجَاءَتْ هِنْدٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَإِنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ سِرًّا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ جُنَاحٍ؟ فَقَالَ ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ» وَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ عِنْدِي دِينَارٌ قَالَ «أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ» قَالَ عِنْدِي آخَرُ قَالَ «أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ» قَالَ عِنْدِي آخَرُ فَقَالَ «أَنْفِقْهُ عَلَى أَهْلِكَ» قَالَ عِنْدِي آخَرُ قَالَ «أَنْفِقْهُ عَلَى خَادِمِكَ» قَالَ عِنْدِي آخَرُ قَالَ «أَنْتَ أَعْلَمُ» قَالَ سَعِيدٌ المَقْبَرِيُّ ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ إِذَا حَدَّثَ بِهَذَا الحَدِيثِ يَقُولُ وَلَدُكَ أَنْفِقْ عَلَيَّ إِلَى مَنْ تَكِلُنِي؟ وَتَقُولُ زَوْجَتُكَ أَنْفِقْ عَلَيَّ أَوْ طَلِّقْنِي وَيَقُولُ خَادِمُكَ أَنْفِقْ عَلَيَّ أَوْ بِعْنِي».

قال الماوردي: أما وجوب النفقات بأسبابها المستحقة، فمما لا يجد الناس بداً منه لعجز ذوي الحاجة عنها وقدرة ذوي المكنة عليها ليأتلف الخلق بوجود الكافية: فجعلها للأباعد زكاة لا تتعين لبعضهم على بعض لعمومها فيهم، وجعلهم للأقارب بأنساب وأسباب معونة ومواساة تتعين لمن تجب له وعليه لتعين موجبها من نسب أو سبب فمن ذلك نفقات الزوجات. واجبة على الأزواج بالكتاب والسنة والمعقول.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فدل على وجوب النفقة، لأنها من الفرض، وقد صرح بذلك في قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]، فأمره بها في يساره وإعساره، وقال تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِمنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، فدلت على وجوب النفقة من وجهين معقول ونص، فالمعقول منها قوله جل وعز: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾، والقيم على غيره هو المتكفل بأمره، والنص منها قوله

﴿وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فنص على وجوبها بالولادة في الحال التي تتشاغل بولدها عن استمتاع الزوج ليكون أدل على وجوبها عليه في حال استمتاعه بها. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فَلَمَّا أَوْجَبَ نَفَقَتَهَا بَعْدَ الفراق إذاً كانت حاملاً كان وجوبها قبل الفراق أولى، وقال تعالى: فيما استدل به الشافعي: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣]، قال الشافعي معناه ألا يكثر من تعولون، فلولا وجوب النفقة عليه لما كان لخشية العيال تأثير، فاعترض على الشافعي ابن داود وبعض أهل اللغة في تأويل هذه يالآية، وقالوا: معنى عال يعول أي جاز يجوز، فأما كثرة العيال فيقال فيه أعال يعيل فكان العدول عن هذا التأويل جهلاً بمعنى اللغة وغفلة عما تقدم في الآية من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾﴾[النساء: ٣] والجواب عن هذا الاعتراض من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تأويل الشافعي أصح لشاهدي وشرح ولغة.

فأما الشرح فما روي عن ابن مسعود، أنه قرأ ذلك أدنى أن لا يكثر من تعولون، فكان هذا التأويل في قراءة ابن مسعود لفظاً متلواً حكاه التاجي عن الفراء قال اخترت من قراءة ابن مسعود.

وروى أبو صالح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: خير الصدقة ما كان عن ظهر غني واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول.

وأما اللغة فقد حكى ثعلب عن سلمة عن الفراء عن الكسائي أنه قال: سمعت العرب تقول: عال يعول، معناه كثر عياله، قال ابن الأنباري ومنه أخذ عول الفرائض لكثرة سهامها، فهذا جواب، والجواب الثاني أن من الأبنية المشتركة ثلاثة معان يقال عال يعول. بمعنى جار يجور. وبمعنى مان يمون. وبمعنى أكثر العيال. فهو بكثرتهم. فتناوله الشافعي بأحد معانيه، وبه قال ابن مسعود وزيد بن أسلم وطائفه.

والجواب الثالث: أن حقيقته في اللغة ما ذكروه، ومجازه فيها ما ذكرناه، فكان حمله على مجازه دون حقيقته أولى من وجهين:

أحدهما: أن حقيقته في الجور قد استفيدت بقوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة﴾ وحمله على كثرة العيال مستفاداً بمجاز قوله تعالى: ﴿ذلك أدنى أن لاتعولوا﴾ ليكون حمل الآية على معنيين أولى من حملها على أحدهما:

والثاني: أن كثرة العيال يؤول إلى الجور فعبر عنه بالجور، لأنه يؤول إليه، كما قال تعالى: ﴿إني أراني أعصر خمراً﴾ [يوسف: ٣٦]، ولم يعصر إلا عنباً فسماه خمراً

لأنه يؤول إلى أن يصير خمراً وهذا مشهور في كلام العرب وأشعارهم.

وأما السنة في نفقات الزوجات، فما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن محمد بن عجلان عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله معي دينار قال أنفقه على نفسك. قال معي آخر قال أنفقه على ولدك. قال معي آخر قال انفقه على أهلك. قال معي آخر قال انفقه على خادمك. قال معي آخر قال أنت أعلم[1].

وروي عن الشافعي عن وكيع بن الجراح عن محمد بن أبي حميد عن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة أنه قال بعد دينار الخادم معي آخر لم يبق غيره قال انفقه في سبيل الله وهو أدناها أجراً.

قال سعيد المقبري: فكان أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث قال يقول ولدك انفق علي إلى من تكلني، وتقول زوجتك انفق علي أو طلقني، ويقول خادمك انفق علي أو بعني، وهذا أعم حديث في وجوب النفقة، لأنه جمع فيه بين وجوبها بنسب وسبب.

وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول[2]، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه مجمل لا يخرج الزوجة من بيان إجماله.

والثاني: أنه عام يدخل الزوجة في جملة عمومه.

وروى الشافعي عن أنس بن عياض عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني وولدي إلا ما أخذ منه سراً وهو لا يعلم فهل علي فيه شيء، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[3] فدل هذا الخبر على وجوب نفقة الزوجة والولد، واستفيد منه سوى ذلك دلائل على أحكام منها جواز بروز المرأة فيما عرض من حاجة، ودل على جواز سؤالها فيما يختص بها وبغيرها من الأحكام، ودل على جواز كلامها للأجانب ودل على جواز أن يوصف الإنسان بما فيه وإن كان ذماً إذا تعلق بما عسر، لأنها نسبت أبا سفيان إلى الشح وهو ذم ودل على أن لصاحب الحق أن يأخذ حقه بغير إذن من عليه الحق، لأنه أذن لها في أخذ ما يكفيها وولدها. ودل على أنه

---

(١) أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٨٢٨) وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٤٩٣) (٦٦١٦) وأبو داود (١٦٩١) وأحمد (٢/ ٢٥١) والنسائي (٥/ ٦٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٢١) (١٦٩٢) وبنحوه عند مسلم (٢/ ٦٩٢) (٤٠/ ٩٩٦).

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ٥٠٧) (٥٣٦٤) ومسلم (٣/ ١٣٣٨) (٧/ ١٧١٤).

يجوز أن يأخذ حقه من غير جنسه إذا عدم الجنس، لأنه لم يعين على أخذ ما تستحقه من قوت أو لباس.

ودل على وجوب النفقة بالمعروف من غير سرف ولا تقصير لقوله: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، ودل على جواز القضاء على الغائب، لأنه حكم على أبي سفيان بالنفقة ولم يكن حاضراً.

ودل على أن للحاكم أن يحكم بعلمه، لأنه حكم لها بالنفقة في مال أبي سفيان لعلمه بأنها زوجته ودل على أن للأم ولاية على ولدها إذا كان صغيراً لقوله: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وأما المعقول من معاني لمن معاني الأصول، فهو أن الزوجة محبوسة المنافع عليه وممنوعة من التصرف لحقه في الاستمتاع بها فوجب لها مؤنتها ونفقتها كما يلزمه لمملوكه الموقوف على خدمته وكما يلزم الإمام في بيت المال نفقات أهل النفير لاحتباس نفوسهم على الجهاد.

فصل: فإذا ثبت أن نفقات الزوجات واجبة فقد إباحة الله تعالى أن ينكح أربعاً بقوله: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] وندبه إلى الاقتصار على واحدة بقوله: ﴿**فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة**﴾ وذهب ابن داود وطائفة من أهل الظاهر إلى أن الأولى أن يستكمل نكاح الأربع إذا قدر على القيام بهن ولا يقتصر على واحدة، لأن النبي ﷺ لم يقتصر عليها، واستحب الشافعي أن يقتصر على واحدة وإن أبيح له أكثر. ليأمن الجور بالميل إلى بعضهن أو بالعجز عن نفقاتهن، وأولى المذهبين عندي اعتبار حال الزوج فإن كان ممن تقنعه الواحدة فالأولى أن لا يزيد عليها، وإن كان ممن لا تقنعه الواحدة لقوة شهوته وكثرة جماعه فالأولى أن ينتهي إلى العدد المقنع من اثنتين أو ثلاث أو أربع ليكون أغنى لبصره وأعف لفرجه والله أعلم.

القول في وجوب نفقة الخادم

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِي القُرْآنِ وَالسُّنَّةِ بَيَانُ أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ مَا لَا غِنَى بِامْرَأَتِهِ عَنْهُ مِنْ نَفَقَةٍ وَكُسْوَةٍ وَخِدْمَةٍ فِي الحَالِ الَّتِي لَا تَقْدِرُ عَلَى مَا لَا صَلَاحَ لِبَدَنِهَا مِنْ زَمَانَةٍ وَمَرَضٍ إِلَّا بِهِ (وَقَالَ) فِي كِتَابِ عِشْرَةِ النِّسَاءِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِخَادِمِهَا نَفَقَةٌ إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَخْدُمُ نَفْسَهَا وَقَالَ فِيهِ أَيْضاً إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا خَادِمٌ فَلَا يَبِينُ أَنْ يُعْطِيَهَا خَادِماً وَلَكِنْ يُجْبَرُ عَلَى مَنْ يَصْنَعُ لَهَا الطَّعَامَ الَّذِي لَا تَصْنَعُهُ هِيَ وَيُدْخِلُ عَلَيْهَا مَا لَا تَخْرُجُ لِإِدْخَالِهِ مِنْ مَاءٍ وَمَا يُصْلِحُهَا وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ ذَلِكَ (قال المزني) قَدْ أَوْجَبَ لَهَا فِي مَوْضِعٍ مِنْ هَذَا نَفَقَةَ خَادِمٍ وَقَالَهُ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ إِمْلَاءً عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ المَجْمُوعَةِ وَقَالَهُ فِي كِتَابِ النَّفَقَةِ وَهُوَ بِقَوْلِهِ أَوْلَى لِأَنَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ أَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يُزَكِّيَ عَنْ خَادِمِهَا فَكَذَلِكَ يُنْفِقُ عَلَيْهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَمِمَّا يُؤَكِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ لَوْ أَرَادَ أَنْ يُخْرِجَ عَنْهَا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ أَخْرَجَهُنَّ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في وجوب نفقتها فأما نفقة خادمها إذا كان مثلها مخدوماً فواجب عليه لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٩] والخدمة من المعود المعروف. ولقول النبي ﷺ خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف. فكان الخادم من المعروف. ولأنه ملك منها الاستمتاع الكامل فلزمه لها الكفاية الكاملة، فأما إذا لم يكن مثلها مخدوماً لقياسها بخدمة نفسها لم تلزمه نفقة خادمها لأنه خارج من جملة المعروف المأمور به في حقها، والاعتبار في العرف بذلك من وجهين:

أحدهما: عرف القدر والمنزلة. فإن عرف ذوي الأقدار بشرف أو يسار أن يخدمهم غيرهم فلا يخدموا أنفسهم. وعرف من أنخفض قدره وانحطت رتبته أن يخدم نفسه ولا يخدم.

والوجه الثاني: عرف البلاد فإن عادة أهل الأمصار أن يستخدموا ولا يخدموا، وعادة أهل السواد أن يخدموا ولا يستخدموا فإذا كانت الزوجة ممن يخدم مثلها لأنها من ذوي الأقدار وسكان الأمصار لزمه نفقة خادمها إلا أن تكون مريضة فيلتزم لها مدة

مرضها وإن طالت، نفقة خادمها لأنه من جملة كفايتها وإن لم يلزمه ثمن الدواء وأجرة الطبيب لأن الخدمة قد تجب في حقوق الزوجات ولا يجب في حقوقهن الدواء والطبيب. والاعتبار في خدمتها بما تأخذ به نفسها فإن كانت ممن لا يخدم مثلها فترفعت عن الخدمة لم تلزم نفقة خادمها، وإن كانت ممن يخدم مثلها فتبذلت في الخدمة لزمه نفقة خادمها ولا يلزمه لها نفقة أكثر من خادم واحد وإن جلت.

وقال مالك: إذا لم تستقل بخادم واحد لجلالة القدر وكثرة الحشم. أخذ منها من جرت بهم عادة مثلها من عادة الخدم اعتباراً بالعرف. وهذا فاسد لأن ما زاد على الخادم الواحد معه لزينة أو حفظ مال وذلك غير مستحق على الزوج، وجرى حكم ما زاد على الخادم الواحد حكم من شهد الوقعة بأفراس فإنه لا يعطي الأسهم فرض واحد، لأنه لا يقاتل إلا على فرس واحد وما عداه لعدة أو زينة.».

[القول في صفة الخدمة]

فإذا ثبت استحقاق الخدمة فالكلام فيها يشتمل على فصلين:

أحدهما: صفة الخدمة.

والثاني: من يقوم لها بالخدمة، فأما صفة الخدمة فهي نوعان: خارجة وداخلة.

فأما الخارجة فيجوز أن يتولاها الرجال والنساء من الأحرار والمماليك، وأما الداخلة فلا يجوز أن يقوم بها إلا أحد ثلاثة.

إما النساء، وإما ذو محرم من الرجال.

وإما صبي لم يحتلم، وفي الشيخ الهرم ومملوكها وجهان من اختلاف أصحابنا في عورتها معهما.

فلو أراد أن يستخدم لها من خالف دينها من اليهود والنصارى ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، يجوز لحصول الخدمة بهم، ولأنهم ربما كانوا أذل نفوساً وأسرع في الخدمة.

والوجه الثاني: ليس له ذلك، لأن النفس ربما عافت استخدامه، ولأنهم ربما لم يؤمنوا لعداوة الدين ولو قيل يجوز أن يقوموا بالخدمة الخارجة ولا يقوموا بالخدمة الداخلة كان وجهاً، وأما من يقوم لها بالخدمة فالزوج بالخيار بين ثلاثة أمور:

أما بأن يشتري خادماً يقوم بخدمتها، وأما بأن يكتري لها خادماً، وأما بأن يكون لها خادم ينفق عليه، والخيار في هذه الثلاثة إليه دونها، لأن حقها في الخدمة، فأما إن أراد الزوج أن يخدمها بنفسه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة له ذاك لاستغنائها بخدمته.

والوجه الثاني: ليس له ذاك لأنها قد تحتشمه في الاستخدام فيلحقها تقصير، فلو قالت أريد أن أخدم نفسي وآخذ أجرة خادمي لم يكن لها ذلك، كالعامل في المضاربة له أن يستأجر للمال حمالاً ونقالاً، فلو تكلف حمله بنفسه لم يكن له أن يأخذ أجرة حمله، وكذلك لو تطوع إنسان بخدمتها سقطت خدمتها عن الزوج سواء تطوع بالخدمة عنها أو عن الزوج، وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الخادم من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يكون مُشْتَرَى فالمستحق على الزوج نفقته، وزكاة فطره سواء كان ملكاً لها أو للزوج.

والوجه الثاني: أن يكون مُكْتَرَى فعلى الزوج أجرته ولا تلزمه نفقته، ولا زكاة فطره.

والثالث: أن يكون متطوعاً فلا يلزم الزوج أجرته ولا نفقته.

فصل: فأما المزني فإنه رأى الشافعي قد أوجب نفقة خادمها في موضع ولم يوجبها في موضع فوهم وتصور أنه على اختلاف قولين وإنما اختلف جوابه لاختلاف حالين، اختلف أصحابنا فيهما على وجهين:

أحدهما: أن الموضع الذي أوجب فيه نفقة خادمها إذا كان مثلها مخدوماً، والموضع الذي أسقط فيه نفقة خادمها إذا كان مثلها غير مخدوم.

والوجه الثاني: أن اختلاف حاليه على غير هذا الوجه. فالموضع الذي أوجب فيه نفقة خادمها إذا كان مشترياً. والموضع الذي أسقط فيه نفقة خادمها إذا كان مكترياً، ثم وهم المزني من وجه آخر فقال: قد أوجب زكاة فطرته ولم يوجب نفقته وهذا أظهر وهما من الأول، لأن زكاة الفطر لا تلزم إلا بلزوم النفقة وقد تلزم النفقة وإن لم تلزم زكاة الفطرة.

[القول في نفقة المكاتب]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُنْفِقُ المُكَاتَبُ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لولد المكاتب حالتان:

إحداهما: أن يكون من زوجته والخلاف فيه يأتي.

والثاني: أن يكون من أمة اشتراها في كتابته فأولدها بإذن السيد أو غير إذنه، فهو لاحق به بالملك أو بشبهة الملك وهو تابع لأبيه بعتقه إن أدى ويرق برقة إن عجز، وإذا كان كذلك لزمه أن ينفق عليه مما بيده من مال الكتابة، وإن لم يجب على العبد أن ينفق على ولده لأمرين:

أحدهما: أن المكاتب يجوز تصرفه ولا يجوز تصرف العبد.

والثاني: أن ولد المكاتب من أمته تابع له إن عتق وعائد إلى سيده إن رق، فخالف ولد العبد، ولأنه إن أعتق فماله له: فجاز أن ينفق منه على ولده. وإن رق فماله لسيده، وهو وولده مملوكان للسيد وما بيده للسيد، فجاز أن ينفق من مال السيد على مملوكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَلَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مُكَاتَبَةً وَلَيْسَتْ كِتَابَتُهُمَا وَاحِدَةً وَلاَ مَوْلاَهُمَا وَاحِداً وَوَلَدَلَهُ فِي الكِتَابَةِ أَوْلاَدٌ فَنَفَقَتُهُمْ عَلَى الأُمِّ لأَنَّهَا أَحَقُّ بِهِمْ وَيُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا».

قال الماوردي: أما ولد المكاتب من زوجته فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون من حرة فهو حر ونفقته على أمه دون أبيه، لأن ما بيد الأب المكاتب موقوف على سيده بأن يصير إليه بالأداء إن عتق أو بالملك إن عجز ورق فلذلك يمنع من الإنفاق على ولده الحر، لأنه لاحق فيه للسيد. ولم يمنع من الإنفاق على ولده من أمته لما فيه من حق السيد، وإذا سقطت نفقته عن الأب وجبت على الأم، كما لو أعسر بها الأب الحر.

والحال الثانية: أن يكون ولده من مملوكة فهو مملوك لسيد الأم ونفقته عليه وتسقط عن أمه لرقها وعن أبيه لكتابته.

والحال الثالثة: أن يكون ولده من مكاتبة: فلا يكون الولد تبعاً للأب، وهل يكون تبعاً لأمه أو ملكاً للسيد على قولين:

أحدهما: يكون ملكاً لسيدها ويجوز له بيعه فعلى هذا تكون نفقته على سيدها دونها ودون الأب.

والقول الثاني: أنه يكون تبعاً لها يعتق بعتقها ويرق برقها كما قلنا في ولد المكاتب من أمته، فعلى هذا تكون نفقته على أمه دون أبيه، لأنه يتبعها في العتق والرق دون الأب، فإن أراد الأب أن ينفق عليه نظر في الأبوين، فإن كانا مكاتبين لسيدين لم يجز للأب أن ينفق عليه، لأن سيد الأب لاحق له في ولد المكاتبة، وإن كانا لسيد واحد كاتبهما في عقد واحد أو في عقدين جاز للأب أن ينفق عليه. وإن وجبت على الأم؛ لأن لسيده حقاً في ولده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى وَلَدِهِ مِنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَلاَ أَمَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنه إن كان من حرة فهو حر ونفقة الولد الحر واجبة على الحر من أبويه دون المملوك. وإن كان من مملوكة فهو مملوك لسيد الأم، ونفقة المملوك على سيده دون أبيه، فإن قيل أفليس العبد تلزمه نفقة زوجته فهلا وجبت عليه نفقة ولده؟ قيل: لأن نفقة الزوجة معاوضة في مقابلة الاستمتاع بها، فلما ملك الاستمتاع ملك عليه ما في مقابلته من النفقة وليست نفقة الولد كذلك لأنها مواساة وليس العبد من أهلها ولذلك سقطت عنه الزكاة لخروجه من أهل المواساة والله أعلم.

باب قدر النفقة

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «عَلَيْهِ النَّفَقَةُ نَفَقَتَانِ نَفَقَةُ المُوسِعِ وَنَفَقَةُ المُقْتِرِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾».

قال الماوردي: نفقات الزوجات مقدرة تختلف باليسار والإعسار، ويعتبر فيها حال الزوج دون الزوجة فإن كان موسراً تقدرت بمدَّين وإن كان معسراً تقدرت بمد، وإن كان متوسطاً تقدرت بمد ونصف.

وقال أبو حنيفة، ومالك: نفقة الزوجية معتبرة بكفايتها، ولا اعتبار بيسار الزوج وإعساره فخالفوا في الأحكام الثلاثة، فلم يجعلوها مقدرة ولا معتبرة بحال الزوج ولا مختلفة باليسار والإعسار. واستدلوا على ذلك بأن رسول الله ﷺ قال لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». فأذن لها في أخذ كفايتها، وجمع بينها وبين ولدها، ونفقة ولدها معتبرة بالكفاية، وهو لا يأذن لها إلا فيما تستحقه، فدل على أن الكفاية هي القدر المستحق، ولأن نفقتها في مقابلة تمكين الزوج من الاستمتاع، والتمكين معتبر بكفاية الزوج فوجب أن يكون ما في مقابلته من النفقة معتبراً بكفاية الزوجة كالمقاتلة لما يلزمهم كفاية المسلمين جهاد عدوهم استحقوا على المسلمين في بيت مالهم قدر كفايتهم، ولأن استحقاق النفقة يكون من ثلاثة أوجه: بنسب، وزوجية، وملك: فلما كان المستحق بالنسب والملك معتبراً بالكفاية، وجب أن يكون المستحق بالزوجية معتبراً بالكفاية.

وتحريره أنها جهة تستحق بها النفقة.

فوجب أن تكون معتبرة بالكفاية كالنسب والملك.

ودليلنا قول الله تعالى: **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾** [الطلاق: ٧]. فدلت هذه الآية على اعتبار النفقة بالزوج واختلافها بيساره وإعساره. فسقط بذلك اعتبار كفايتها ولا يجوز حمله على نفقة المرضعة؛ لأنها لا تختلف باليسار والإعسار، ولأنها أجرة مقدرة، ولأن المال المستحق بالزوجية يجب أن يكون مقدراً كالمهر، ولأن ما استقر ثبوته في الذمة من الأطعام إذا لم يسقط

بالإعسار كان مقدراً كالكفارات. ولأن اعتبارها بالكفاية مفض إلى التنازع في قدرها. فكان تقديرها بالشرع حسماً للتنازع فيه أولى كدية الجنين.

فأما الجواب عن حديث هند. فهو أن النبي ﷺ أذن لها أن تأخذ بالمعروف، والمعروف أن لا تأخذ في الإعسار ما تأخذه في اليسار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنها في مقابلة الاستمتاع المعتبر بالكفاية كالمجاهدين. فهو أن نفقة الزوجة في مقابلة بدل مستحق بعقد فجرى عليه حكم العوض، وإنما يجب بالانقطاع عن التماس الكفاية فجاز أن لا يستحق بها قدر الكفاية.

وأما الجواب عن قياسهم على نفقات الأقارب والمماليك، فالمعنى فيها أنها مستحقة من غير بدل فجاز أن تكون غير مقدرة، ونفقة الزوجة مستحقة عن بدل فوجب أن تكون مقدرة كالأجور والأثمان.

فصل: فإن قيل فقد قال الشافعي: النفقة نفقتان، نفقة الموسر، ونفقة المعسر، ثم قدرها ثلاث نفقات. موسر ومعسر ومتوسط فنقض بعض كلامه بعضاً.

قيل: أراد المعتبر بالشرح نفقتان يسار وإعسار، والثالثة معتبرة بالاجتهاد لتوسطها بين اليسار والإعسار.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا مَا يَلْزَمُ المُقْتِرُ لِامْرَأَتِهِ إِنْ كَانَ الأَغْلَبُ بِبَلَدِهَا أَنَّهَا لاَ تَكُونُ إِلاَّ مَخْدُومَةً عَالها وخَادِماً وَاحِداً بِمَا لاَ يَقُومُ بَدَنٌ عَلَى أَقَلَّ مِنْهُ وَذَلِكَ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ فِي كُلِّ يَوْمٍ مِنْ طَعَامِ البَلَدِ الأَغْلَبِ فِيهَا مِنْ قُوتِ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: والكلام في هذه المسألة يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في مقدار النفقة.

والثاني: في جنسها.

والثالث: في صفتها.

[الفصل الأول في مقدار النفقة]

فأما مقدارها. فهو مختلف باليسار والإعسار والتوسط، فوجب أن يكون المقدار مختلفاً لاختلاف الأحوال وأن يعتبر بأصل يحمل عليه ويؤخذ المقدار منه، فكان أولى الأصول بها الكفارات لأمرين:

أحدهما: أنه طعام يقصد به سد الجوعة.

والثاني: أنه طعام يستقر ثبوته في الذمة. ثم وجدنا أكثر الطعام المقدر في الكفارات فدية الأذى قدر فيها لكل مسكين مدان فجعلناه أصلاً لنفقة الموسر، فأوجبنا عليه لنفقة زوجته في كل يوم مدين ولأنه أكثر ما يقتاته الإنسان في الأغلب، ووجدنا أقل الطعام المقدر في الكفارات كفارة الوطء في شهر رمضان. عليه لكل مسكين مد. فجعلناه أصلاً لنفقة المعسر، وأوجبنا عليه لنفقة زوجته في كل يوم مداً، ولأنه أقل ما يقتاته الإنسان في الأغلب، ثم وجدنا المتوسط يزيد على حال المقتر وينقص عن حال الموسر. فلم نعتبره بالمعسر لما يدخل على الزوجة من حيف النقصان.

ولم نعتبره بالموسر لما يدخل على الزوج من حيف الزيادة فعاملناه بالتوسط بين الأمرين وأوجبنا عليه مداً ونصفاً، لأنه نصف نفقة موسر ونصف نفقة معسر.

فأما الموسر: فهو الذي يقدر على نفقة الموسرين في حق نفسه وحق كل من تلزمه نفقته من كسبه لا من أصل ماله.

وأما المعسر: فهو الذي لا يقدر أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من تلزمه نفقته إلا نفقة المعسرين، وإن زاد عليها كانت من أصل ماله لا من كسبه.

وأما المتوسط: فهو الذي يقدر أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من تلزمه نفقته نفقة المتوسطين. فإن زاد عليها كانت من أصل ماله، وإن نقص عنها فضل من كسبه. فيكون اليسار والإعسار بالكسب في وجوب النفقة، ولا يعتبر بأصل المال، كما يعتبر ذلك في الكفارات. وسواء كان المقدر للزوجة وهو شبعها أو كان زائداً أو مقصراً، فإن زاد على شبعها كانت الزيادة ملكاً لها، وإن نقص ولم تقدر على التشبع به كان الزوج بالخيار بين أن يتمم لها قدر شبعها وبين أن يمكنها من اكتسابه. فأيهما فعل فلا خيار لها. فإن مكنها فلم تقدر على اكتساب كفايتها صارت من أهل الصدقات تأخذ باقي كفايتها من الزكوات والكفارات.

[فصل: القول في جنس النفقة]

وأما جنس النفقة. فهو الغالب من قوت بلدهما. لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى

الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وذلك إشارة إلى العرف، ولأن الكفارات معتبرة بالنفقات، لقول الله تعالى ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] ثم كانت الكفارات من غالب الأقوات، فكانت النفقات بذلك أولى، وإذا كان كذلك، فغالب قوت أهل الحجاز التمر، وغالب قوت أهل الطائف الشعير، وغالب قوت أهل اليمن الذرة، وغالب قوت أهل العراق البر، وغالب قوت أهل طبرستان الأرز. فينظر في غالب قوت أهل بلدهما فتستحق نفقتها منه، فإن اختلف قوت بلدهما وجب لها الغالب من قوت مثلها، فإن كان مختلفاً كان الزوج مخيراً دونها، فإن كانا من بلدين يختلف قوتهما نظر، فإن نزلت عليه في بلده اعتبر الغالب من قوت بلد الزوج، وإن نزل عليها في بلدها اعتبر غالب قوت بلد الزوجة، فإن لم تألف الزوجة أكل قوت بلده، قيل: هذا حقك فإن شئت فأبدليه بقوت بلدك، وهكذا لو انتقلا عن بلدهما إلى بلد قوته مخالف لقوت بلدهما، لزمه أن ينفق عليها من غالب قوت البلد الذي انتقلا إليه دون البلد الذي انتقلا إليه، سواء كان أعلى أو أدنى. لأن النفقة تجب في وقت بعد وقت، فكان لكل وقت حكمه.

[فصل: القول في صفة النفقة]

فأما صفة جنس النفقة. فهو المد من البر أو الشعير أو الأرز أو الذرة. دون الدقيق والخبز، وإن كان لا يقتات إلا بعد طحنه وخبزه لأمرين:

أحدهما: أن الحب أكمل منفعة من مطحونه ومخبوزه لإمكان إدخاره وازدراعه.

والثاني: لثبوته في الذمة التي لا يثبت فيها إلا الحب. دون الدقيق والخبز، فإذا وجب لها الحب نظر، فإن كانت عادة أمثالها أن يتولوا طحن أقواتهم وخبزها بأنفسهم كاهل السواد، كان مباشرة طحنه وخبزه عليها دون الزوج، وإن لم تجر عادت أمثالها بمباشرة طحن أقواتهم وخبزها بأنفسهم كان الزوج بالخيار بين أن يدفع إليها أجرة الطحن وبين أن يقيم لها من يتولى طحنه وخبزه، فإن قيل: فإذا أفضى حقها إلى الخبز كان إيجابه أحق. قيل: لأن لها أن تدخره وتزرعه إن شاءت، فلو أراد الزوج أن يدفع إليها قيمة الحب لم تجبر الزوجة على قبولها، ولو طلبت الزوجة القيمة لم يجبر الزوج على دفعها، ولو اتفقا على القيمة ففي جوازها وجهان:

أحدهما: لا يجوز كالسلم وكالزكوات والكفارات.

والوجه الثاني: يجوز لاستقراره في الذمة بخلاف السلم، ولمعين بخلاف الكفارات، فأشبه القروض.

[القول في نفقة خادم الزوجة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِخَادِمِهَا مِثْلُهُ».

قال الماوردي: وهذا إذا كان مثلها مخدوماً وأخدمها مملوكاً لها أو له، فعليه حينئذ نفقته. لكن إن كان الخادم له فنفقته معتبرة بكفايته كسائر مماليكه وإن كان الخادم مملوكاً لها فنفقته مختلفة بحسب حال الزوج في يساره وإقتاره وتوسطه، فإن كان موسراً فقد ذكرنا أن نفقة زوجته مدَّان، فتكون نفقة خادمها مداً وثلثاً، لكونه تابعاً لها فلم يتساويا فيها، ولم يعط مداً ونصفاً لئلا يساوي بينه وبين زوجة المتوسط، واقتصر به على مد وثلث وهو ثلثا نفقة زوجة الموسر، وإن كان الزوج متوسطاً ونفقة زوجته مد ونصف فنفقة خادمها مد واحد، وذلك ثلثا نفقتها، وإن كان الزوج معسراً ونفقة زوجته مد واحد. فنفقة خادمها مد واحد، وقد كان الاعتبار يقتضي أن يكون ثلثا مد ولا يساوي بينهما، لكن لم يقم بدن في الأغلب على أقل من مد كامل فسوينا بينهما فيه للضرورة الداعية إلى التسوية كالعدد والحدود تنقص بالرق عن حال الحرية فيما تبعض من الأقراء والشهور والجلد وسوى بينهما فيما لم يتبعض من الحمل وقطع السرقة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَكِيلَةٌ مِنْ أُدَمِ بِلَادِهَا زَيْتاً كَانَ أَوْ سَمْناً بِقَدْرِ مَا يَكْفِي مَا وَصَفْتُ».

قال الماوردي: أما الأدم فمن المعروف المألوف، لأن الطعام لا ينساغ أكله في الأغلب إلا به. فأوجبناه لها عرفاً، وإذا كان أدمها مستحقاً فقد جعله الشافعي دهناً، وهذا خارج منه على عرف البلاد التي يتأدم أهلها بالدهن، ومن البلاد ما يتأدم أهلها باللحم فيكون أدمها لحماً، ومنها ما يتأدم أهلها بالسمك فيكون أدمها سمكاً، ومنها ما يتأدم أهلها باللبن فيكون أدمها لبناً، ونحن نصف ما ذكره الشافعي من آدام الدهن، ويكون ما عداه بقياسه فالبلاد التي يتأدم أهلها بالدهن يختلف جنسه باختلاف عرف البلاد. فآدام أهل الحجاز السمن وآدام أهل الشام الزيت وآدام أهل العراق الشيرج، فيعتبر جنسه بعرف البلد من سمن أو زيت أو شيرج، فأما مقداره فمعتبر بالعرف المستعمل. فيقال كم يكفي أدام كل مد طعام من الدهن. فإذا قيل كل مد يكتفي في آدامه بأوقية من دم جعلت ذلك قدراً مستحقاً في آدام، فإن كان موسراً تجب عليه في نفقتها مدان من حب وجبت عليه لأدامها أوقيتان من دهن، وإن كان متوسطاً تجب عليه مد ونصف. وجب لأدامها أوقية ونصف، وإن كان مقتراً وجب عليه مد وجب لإدامه، أوقية، وكذلك إدام خادمها تعتبر بقوته من الحب. فإن كان له مد وثلث من الحب، كان له أوقية وثلث من الدهن، وإن كان له مد من الحب كان له أوقية من الدهن، ثم

يراعى بعد الدهن حالهم فيما عداه، فإن كان لهم باللحم عادة اعتبرتها فيهم، فإن كانوا يأكلون اللحم في كل أسبوع مرة، أوجبته لها في كل أسبوع مرة واحدة، والأولى أن يكون في يوم الجمعة، لأنه عرف من لا يأكل اللحم إلا مرة، وإن كانوا يأكلونه في كل أسبوع مرتين أوجبته لها مرتين، إحداهما في يوم الجمعة، والأخرى في يوم الثلاثاء، لأنه عرف من يأكله مرتين، وعلى هذا العبرة في العرف المعتبر فيه، فأما مقدار اللحم الذي تستحقه فقد قدره الشافعي برطل واحد في اليوم الذي تستحقه فيه، وليس هذا المقدار عاماً في جميع الناس، وإنما اعتبر الشافعي عرف بلاده بالحجاز ومصر، وأما في البلاد التي جرت عادة أهلها أن يتأدم الواحد منهم في اليوم بأكثر من رطل من اللحم فقدره معتبر بعرفهم في الزيادة والنقصان. فإن قيل فلم جعلتم الحب مقدراً لا يعتبر بالعرف وجعلتم الدهن واللحم معتبراً بالعرف قيل، لأن الحب يقدر بالشرع فسقط اعتبار العرف فيه والأدم لم يتقدر إلا بالعرف فوجب اعتباره فيه، وما اعتبرناه من عرف الأزواج في أدامها اعتبرنا عرف الخدم في أدام خادمها.

[القول في أدوات الزينة والنظافة للزوجة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُفْرَضُ لَهَا فِي دُهْنٍ وَمُشْطٍ أَقَلُّ مَا يَكْفِيْهَا وَلاَ يَكُونُ ذَلِكَ لِخَادِمَهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِالْمَعْرُوفِ لَهَا وَقِيلَ فِي كُلِّ جُمْعَةٍ رَطْلُ لَحْمٍ وَذَلِكَ المَعْرُوفُ لِمِثْلِهَا».

قال الماوردي: قال تستحق في نفقتها على الزوج ما تحتاج إليه من الدهن لترجيل شعرها وتدهين جسدها اعتباراً بالعرف، وإن من حقوقه عليها استعمال الزينة التي تدعوه إلى الاستمتاع بها، وذلك معتبر بعرف بلادها، فمنها ما يدهن أهله بالزيت كالشام فهو المستحق لها، ومنها ما يدهن أهله بالشيرج كالعراق فهو المستحق لها، ومنها ما لا يستعمل أمثالها فيه إلا ما طيب من الدهن بالبنفسج والورد، فتستحق في دهنها ما كان مطيباً فأما مقداره فمعتبر بكفاية مثلها، وأما وقته فهو كل أسبوع مرة، لأنه العرف، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: ادهنوا يذهب البؤس عنكم، والدهن في الأسبوع يذهب بالبؤس، قال الشافعي: والمشط يعني به آلة المشط من الأفاويه والغسلة إذا كان ذلك من عرف بلادهم.

فأما الكحل فما كان منه للزينة الاثمد فهو على الزوج، لأنه من حقوق الاستمتاع، وما كان منه للدواء فهو على الزوجة كسائر الأدوية، فإن قيل فهي للدواء أحوج منها إلى الدهن فكان بأن يجب على الزوج أحق قيل: لأن الدواء مستعمل لحفظ الجسد فكان عليها، والدهن مستعمل للزنية فكان عليه، لأن الزينة له وحفظ الجسد لها، وجرى الزوج مجرى المكرى لزمه بناء ما استهدم من الدار المكراه دون مكتريها،

فأما دخول الحمام فهو معتبر بالعرف. فإن لم تجر عادة أهلها بدخول الحمام كالقرى لم يجب على الزوج، وإن جرت به عادة أهلها كالأمصار كان أقل ما يلزمه لها في كل شهر مرة؛ لأن أكثر النساء يغتسلن به ويخرجن به من دم الحيض الذي يكون في كل شهر مرة في الغالب، فأما الحناء والاختضاب به في اليدين والرجلين. فإن لم يطلبه الزوج لم يلزمه ولم يلزمها، وإن طلبه الزوج وجب عليها فعله ووجب على الزوج نفقته، روي عن النبي ﷺ أنه «لعن السلتاء والمرهاء» والسلتاء: التي لا تختضب والمرهاء التي لا تكتحل تفعل ذلك إذا كرهت زوجها ليفارقها فلذلك لعنها.

فأما الطيب فما كان منه مزيلاً لسهوكة الجسد فهو مستحق على الزوج لها، وما كان منه مستعملاً للالتذاذ والاستمتاع برائحته فهو حق للزوج ولا يجب عليه، فإن قام به لزمها استعماله وإن لم يقم به لم يستحق المطالبة به.

فصل: فأما خدامها فلا يستحق على الزوج دهناً ولا مشطاً، لأنها زينة تقصد في الزوجات دون الخدم، فأما ما احتاج إليه من الدواء فيستحقه على مالكه من الزوجين، فإن كان ملكاً للزوج فدواؤه عليه بخلاف الزوجة التي لا يجب دواؤها على الزوج؛ لأن هذا من حقوق الملك، وإن كان الخادم ملكاً للزوجة كان دواؤه عليها.

[القول في وجوب كسوة الزوجة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفُرِضَ لَهَا مِنَ الكُسْوَةِ مَا يُكْسِي مِثْلَهَا بِبَلَدِهَا عِنْدَ المُقْتِرِ مِنَ القُطْنِ الكُوفِيِّ وَالبَصْرِيِّ وَمَا أَشْبَهَهُ».

قال الماوردي: أما كسوة الزوجة فمستحقة على الزوج لقول الله تعالى: ﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأن اللباس مما لا تقوم الأبدان في دفع الحر والبرد إلا به، فجرى في استحقاقه على الزوج مجرى القوت، وإذا وجبت الكسوة تعلق بها ثلاثة أحوال:

أحدها: عدد الثياب.

والثاني: جنسها.

والثالث: مقدارها.

فأما العدد فأقل ما تستحقه على الزوج ثلاثة أثواب في الصيف وأربعة في الشتاء. قميص لجسدها وقناع لرأسها، وسراويل أو مئزر لوسطها.

والرابع: جبة تختص بالشتاء، فأما الملحفة فلا تجب، لأنها لا تحتاج إليها إلا في الخروج التي تلتحف بها، وللزوج منعها من الخروج فسقط عنه ما احتاجت إليه في

خروجها، وكذلك الخف مما يستوي في عدده زوجة الموسر والمعسر في الأمصار والقرى، ولئن كان في سكان القرى من النساء من لا يلبس السراويل والمئزر ففي تركه هتك عورة، ويؤخذ بها في حق الله تعالى جميع الناس، لكن إن كانت عادة نساء البلد جارية بلبس السراويل كان حقها فيه دون المئزر، وإن كن يلبسن المئزر فحقها دون السراويل، وإن كان السراويل أصون وأستر، فأما مداس الرجلين من نعل أو شبشب فمعتبر بالعادة والعرف، وإن كان ذلك في سكان القرى التي لم تجر عادة نسائها بلبس المداس في أرجلهن إذا كن في بيوتهن لم تستحق على الزوج وإن كانت من سكان الأمصار وممن جرت عادتهن بلبس المداس في أرجلهن إذا كن في بيوتهن استحقت عليه مداساً معتبراً بالعرف من نعل أو شبشب.

فصل: [القول في جنس الكسوة]

فأما جنس الثياب فتختلف باليسار والإقتار والتوسط، وتختلف باختلاف ثياب البلد، فإن كان الأغلب من ثيابه القطن في الصيف والخز في الشتاء، فرض لزوجة الموسر ثوباً من مرتفع القطن وناعمه كالبصري ومرتفع المروزي، وفرض لها في الشتاء جبة خز وفرض لزوجة المتوسط ثوباً من وسط القطن وكالبصري والبغدادي وجبة قطن محشوة أو من وسط الخز، وفرض لزوجة المقتر ثوباً من غليظ القطن كالبصري والكوفي وجبة منه أو من صوف إن كان يكتسيه نساء بلدها، وإن كان الأغلب من ثياب بلدها الكتان والإبريسم فرض لزوجة الموسر من مرتفع الكتان كالدبيقي ومترف ومرتفع السقلس، ولم يفرض لها من مرتفع القصب الخفيف النسج الذي لا تجوز فيه الصلاة. لأنها تستحق ثوباً واحداً وذلك لا يسترها ولا تصح فيه صلاتها فلذلك فرض لها ما تجزي فيه الصلاة، وفرض لها في الشتاء جبة إبريسم كالديباج والحرير وما يختص ببلدها من أنواع الإبريسم، وفرض لزوجة المتوسط وسط الكتان كالمعصور بمصر والمعروف بالبصرة، ووسط الرومي ببغداد وجبة من وسط الجباب التي يلبسها نساء بلدها، وفرض لزوجة المقتر غليظ الكتان وخشنه وجبة لجسمها وهذا مثال ولكل بلد عرف فاعتبر عرفهم فيه.

فصل: [القول في مقدار الكسوة]

وأما مقدار ثيابها فهو معتبر بقدها في الطول والقصر والنحافة والسمن، هذا في مقدار قميصها فأما القناع فيتساوى والسراويل يتقارب وإنما اعتبرنا مقدار الثياب بكفايتها، ولم يعتبر القوت بكفايتها لأمرين:

أحدهما: أن في الشرع أصلاً يتقدر به القوت فلم تعتبر فيه الكفاية وليس في

الشرع يتقدر به اللباس فاعتبرنا فيه الكفاية.

والثاني: أن الكفاية في الكسوة متحققة بالمشاهدة فاعتبرناها وكفاية القوت غير متحققة ولا مشاهدة لم نعتبرها.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من جنس الكسوة ومقدارها فعليه أن يدفعها ثياباً ولا يدفع إليها ثمنها لاستحقاقها للكسوة دون الثمن، وعليه أن يخيط لها منه ما احتاج إلى خياطة، فإن باعتها لم يصح وإن كان بعده صح البيع وملكت الثمن، وكان عليها أن تكسو نفسها بما شاءت.

وقال ابن الحداد المصري: لا يصح بيعها ولا يجوز الاستبدال، وهذا فاسد؛ لأن الكسوة لا تخلو أن تكون في ملكها أو ملك الزوج. فلم يجز أن تكون في ملك الزوج، لأنه لا يجوز له استرجاعها. فثبت أنها للزوجة وجاز لها بيع ما ملكت والله أعلم.

[كسوة خادم الزوجة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِخَادِمِهَا كِرْبَاسٌ وَمَا أَشْبَهَهُ وَفِي البَلَدِ البَارِدِ أَقَلُّ مَا يَكْفِي البَرْدَ مِنْ جُبَّةٍ مَحْشُوَّةٍ وَقَطِيفَةٍ أَوْ لِحَافٍ يَكْفِي السَّنَتَيْنِ وَقَمِيصٍ وَسَرَاوِيلَ وَخِمَارٍ أَوْ مَقْنَعَةٍ وَلِجَارِيَتِهَا جُبَّةُ صُوفٍ وَكِسَاءٌ تَلْتَحِفُهُ يُدْفِيءُ مِثْلَهَا وَقَمِيصٌ وَمَقْنَعَةٌ وَخُفٌّ وَمَا لاَ غِنَى بِهَا عَنْهُ وَيَفْرِضُ لَهَا فِي الصَّيْفِ قَمِيصاً وَمَلْحَفَةً وَمَقْنَعَةً».

قال الماوردي: إذا وجبت نفقة خادمها وجبت كسوته، فإن كان عبداً فكسوة العبد قميص ومنديل، وفي الشتاء جبة، فأما السراويل فإن كانوا في بلد يلبس عبيده السراويلات كساه سراويل، وإن لم يكتسونه سقط عنه وإن كانوا في بلد يأتزرون ولا يتقمصون كالبحر كساه مئزراً وسقط عنه القميص، وإن كان الخادم أمة كساها قميصاً وقناعاً ولم يقتصر بها على المئزر وحده وإن ألفوه لأنه يبدي من جسدها ما تغض عنه الأبصار وإن لم تكن عورة. وتحتاج الأمة مع ذلك إلى ملحفه إذا خرجت للخدمة، ولا تحتاج إليها الزوجة لأن له منعها من الخروج.

فأما الخف في خروج الأمة، فإن كان عادة البلد أن تتخفف إماؤه لزمه خفها، وإن لم يتخففوا سقط عنه، وبمثله يعتبر حال السراويل والمئزر، فأما جنس الثياب ففي الناس قوم تتساوى كسواتهم وكسوات إمائهم وعبيدهم كفقراء البوادي وسكان الفلوات فيكون أحرارهم وعبيدهم في الكسوة سواء، والأغلب من أحوال الناس أن كسوات عبيدهم وإمائهم أدون من كسوات ساداتهم، وعليه يكون الكلام، فيفرض لخادم زوجة الموسر أدون مما يفرضه لزوجة المتوسط. كما كان في القوت أدون منها، ويفرض

لخادم زوجة المتوسط مثل ما يفرضه لزوجة المقتر كما كان في القوت مثلها، ويفرض لخادم زوجة المقتر ما أمكن أن يكون دونه كغليظ الكرابيس وثياب الصوف، وإلا ساوى بينهما وكان العرف فيه شاهداً معتبراً في الثياب والجباب.

[القول في حكم النفقة إذا كانت لا تكفى الزوجة بها]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ رَغِيبَةً لاَ يُجْزِئُهَا هَذَا دَفَعَ إِلَيْهَا ذَلِكَ وَتَزَيَّدَتْ مِنْ ثَمَنِ أَدَمٍ وَلَحْمٍ وَمَا شَاءَتْ فِي الحَبِّ وَإِنْ كَانَتْ زَهِيدَةً تَزَيَّدَتْ فِيمَا لاَ يَقُوتُهَا مِنْ فَضْلِ المَكِيلَةِ وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا مُوسِعاً فَرِضَ لَهَا مُدَّانِ وَمِنَ الأَدَمِ وَاللَّحْمِ ضِعْفُ مَا وَصَفْتُ لِامْرَأَةِ المُقْتِرِ وَكَذَلِكَ فِي الدُّهْنِ وَالمُشْطِ وَمِنَ الكُسْوَةِ وَسَطَ البَغْدَادِيِّ وَالهَرَوِيِّ وَلَيِن البَصْرَةِ وَمَا أَشْبَهَهُ وَيَحْشِي لَهَا إِنْ كَانَتْ بِبِلاَدٍ يَحْتَاجُ أَهْلُهَا إِلَيْهِ وَقَطِيفَةٍ وَسَطٍ وَلاَ أُعْطِيْهَا فِي القُوتِ دَرَاهِمَ فَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَبِيْعَهُ فَتَصْرِفُهُ فِيمَا شَاءَتْ صَرَفَتْهُ وَأَجْعَلُ لِخَادِمِهَا مُدّاً وَثُلُثاً لأَنَّ ذَلكَ سَعَةٌ لِمِثْلِهَا وَفِي كُسْوَتِهَا الكِرْبَاسُ وَغَلِيظُ البَصْرِي وَالوَاسِطِيِّ وَمَا أَشْبَهَهُ وَلاَ أُجَاوِزُهُ بِمُوسِعٍ مَنْ كَانَ، وَمَنْ كَانَتِ امْرَأَتُهُ».

قال الماوردي: أما الرغيبة فالأكولة، وأما الزهيدة فالقنوعة، فإذا كانت الزوجة رغيبة لا تكتفي من الحب بما فرض لها فأرادت أن تأخذ من ثمن أدمها ما تزيده في الحب الذي يكفيها كان ذلك لها فأما الكسوة إذا أرادت بيعها وشراء ما هو أدون منها لم يكن لها ذلك.

والفرق بينهما: أن للزوج حق الاستمتاع في زينة ثيابها فمنعت من تغييرها وليس له ذلك في قوتها فمكنت من إرادتها، وسوى أبو إسحاق المروزي بينهما، وليس بصحيح لما ذكرنا من الفرق، وإذا أرادت أن تستبدل بجميع قوتها أو تتصدق به أو تهبه كان ذلك لها ولم تمنع إذا وجدت قوتها من غيره فكان فيما صوره الشافعي من حال الرغيبة والزهيدة دليل على أمرين أحدهما أن القوت مقدر بالشرع وغير معتبر بالكفاية، والثاني أن لها التصرف فيه كيف شاءت. فلو أرادت الزوجة أن تقتصر على أكل ما لا يشبعها وإن كانت تقضي بها شدة الجوع إلى مرض أو ضعف منعت منه لما فيه من تفويت استمتاع الزوج كما تمنع من أكل ما يفضي إلى تلفها من السموم وإن كان لا يفضي إلى مرضها وكان مفضياً إلى هزالها ففيه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في إجبارها على الاستحداد ومنعها من أكل ما يتأذى برائحته:

أحدهما: ليس له منعها من ذلك، لأنه قد يصل معه إلى الاستمتاع بها.

والثاني: له منعها من ذلك وإجبارها على أكل ما يحفظ به جسدها ويدفع به

هزالها لما يلحقه من نقصان الاستمتاع بها.

[القول في ما يجب للزوجة من الفراش]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِامْرَأَتِهِ فِرَاشٌ وَوِسَادَةٌ مِنْ غَلِيظِ مَتَاعِ البَصْرَةِ وَمَا أَشْبَهَهُ وَلِخَادِمِهَا فَرْوَةٌ وَوِسَادَةٌ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ عَبَاءَةٍ أَوْ كِسَاءٍ غَلِيظٍ».

قال الماوردي: قدم الشافعي الكلام في القوت لأنه أعم ثم تلاه بالكسوة لأنها أمس ثم عقبه بالدثار والوطاء، لأن دثار الشتاء لا يستغنى عنه لدفع البرد به فكان مستحقاً على الزوج، وعادة الناس في الدثار تختلف فمنهم من يستعمل اللحف ومنهم من يستعمل القطف، ومنهم من يستعمل الأكسية فيفرض لها من ذلك ما جرت به عادة بلدها. فيكون لزوجة الموسر لحاف محشو من مرتفع القطن أو من وسط الحرير، وإن كانوا يستعملون القطف فرض لها قطيفة مرتفعة، أو الأكسية فرض لها كساء مرتفعاً من أكسية بلدها، وفرض لزوجة المتوسط الوسط من اللحف أو القطف أو الأكسية، ولزوجة المقتر الأدون من هذه الثلاثة، هذا في الشتاء فأما الصيف فإن اعتادوا لنومهم غطاء غير لباسهم فرض لها بحسب عرفهم، وإن لم يعتادوه أسقط عنه، وخالف فيه حال الشتاء لأن العرف فيه الاستكثار في دثار الليل على لباس النهار.

والعرف في الصيف إسقاط اللباس في نوم الليل عن لباس النهار، وأما الوطاء فهو نوعان: بساط لجلوسها، وفراش لمنامها، فأما بساط الجلوس فمما لا يستغنى عنه موسر ولا مقتر، فيفرض لها بحسب حاله وعادة أهله من بسط الشتاء وحصر الصيف، فأما الفراش فكان الأمصار وذو اليسار يستعملونه زيادة على بسط جلوسهم، فيفرض لها عليه فراش محشو ووسادة بحسب العرف والعادة، فأما سكان القرى ودور الأقتار فيكتفون في نومهم بالبسط المستعملة لجلوسهم. فلا يفرض لمثلها فراش لكن وسادة لرأسـها، قد ألف الناس في زماننا أن يكون جهاز المنازل على النساء ولا يصير ذلك عرفاً معتبراً. كما ألف رشوة النساء في النكاح ولا يصير حقاً معتبراً، لأن حقوق الأموال في المناكح تجب للنساء على الأزواج فلا تعكس في الاستحقاق وأما خادمها فلا يستغني عن دثار في الشتار بحسب عادته من الفراء والأكسية ووسادة لرأسه وبساط لجلوسه ومنامه ما يجلس مثله عليه في جسده.. فيفرض عليه لخادمها ذلك كما يفرض قوته وكسوته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا بَلِيَ أَخْلَفَهُ وَإِنَّمَا جَعَلْتُ أَقَلَّ الفَرْضِ فِي هَذَا بِالدَّلَالَةِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي دَفْعِهِ إِلَى الَّذِي أَصَابَ أَهْلَهُ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ عَرَقاً فِيهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً لِسِتِّينَ مِسْكِيناً وَإِنَّمَا جَعَلْتُ أَكْثَرَ مَا فَرَضْتُ مُدَّيْن لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا أَمَرَ بِهِ

النَّبِيُّ ﷺ فِي فِدْيَةِ الأَذَى مُدَّانِ لِكُلِّ مِسْكِيْنٍ فَلَمْ أُقَصِّرْ عَنْ هَذَا وَلَمْ أُجَاوِزْ هَذَا مَعَ أَنَّ مَعْلُوماً أَنَّ الأَغْلَبَ أَنَّ أَقَلَّ القُوتِ مُدٌّ وَأَنَّ أَوْسَعَهُ مُدَّانِ وَالفَرْضُ الَّذِي عَلَى الوَسَطِ الَّذِي لَيْسَ بِالمُوسِعِ وَلاَ المُقْتِرِ بَيْنَهُمَا مُدٌّ وَنِصْفٌ وَلِلْخَادِمَةِ مُدًّا».

قال الماوردي: أما القوت فمستحق في كل يوم عليه دفعه إليها مرة واحدة، ولا يوقته عليها وتستحقه في أول النهار لتتشاغل بعمله ولتبدي منه لغذائها، فعلى هذا إن دفعه إليها فسرق منها أو تلف في إصلاحه لم يلزمه بدله كما لو دفع إليها صداقها فرق، فأما الكسوة فالعرف الجاري فيها، أن تستحق في السنة دفعتين، كسوة في الصيف تستحقها في أوله، وكسوة في الشتاء تستحق في أوله فتكون مدة كل واحد من الكسوتين ستة أشهر، وتستحق عند انقضائها الكسوة الأخرى، وإذا كان كذلك لم يخل حال المكسوة بعد لباسها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون وفق مدتها لا تخلق قبلها ولا تبقى بعدها فقد وافقت مدة الاستحقاق، فعليه بعد انقضاء المدة أن يكسوها الكسوة الثانية.

والحال الثانية: أن تبلى كسوتها قبل انقضاء مدتها. فينظر فيها. فإن بليت لسخافة الثياب ورداءتها كساها غيرها لباقي مدتها، وإن بليت لسوء فعلها وفساد عادتها لم يلزمه غيرها إلى انقضاء المدة.

والحال الثالثة: أن تبقى الكسوة بعد انقضاء مدتها. ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه كسوتها في وقتها مع بقاء ما تقدمها كما لو بقي من قوت يومها إلى غده استحقت فيه قوتها.

والوجه الثاني: لا تستحق الكسوة مع بقائها بعد المدة بخلاف القوت.

والفرق بينهما: أن الكسوة معتبرة بالكفاية والقوت معتبر بالشرع، والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن ينظر في الكسوة، فإن بقيت بعد مدتها لجودتها لم تستحق بدلها، لأن الجودة زيادة، وإن بقيت بعدها لصيانة لبسها استحقت بدلها كما لو لم تلبسها هذا كله فيما عدا الجباب. فأما الجباب فمنها ما يعتاد تجديده في كل شتوة مثل: جباب القطن. فعليه أن يكسوها في كل شتوة جبة، ومنها ما يعتاد أن يلبس سنتين وأكثر كالديباج والسقلاطون. فلا يلزمه إبدالها في كل شتوة، ويعتبر فيه عرف مثلها فيما تلبس له من السنين، وأما الدثار من اللحف والقطف والأكسية وما تستوطئه من الفرش والوسائد فهو في العرف أبقى من الكسوة، ومدة استعماله أطول من مدة الثياب، ومدة اللحف والقطف أطول من مدة الوسائد والفرش لقصور مدة استعمال اللحف لاختصاصها بالشتاء، والفرش مستدامة في الصيف والشتاء. فيعتبر في ذلك

العرف والعادة، وهي جارية بتصرفها وعملها في كل سنة والاستبدال بها في كل سنتين فيراعي فيها العرف والعادة في مدة استحقاقها. فإن بليت قبلها أو بقيت بعدها فهي كالثياب على ما مضى.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا وأخذت ما تستحقه واستعجلته ففارقها قبل استعمالها بطلاق أو موت وما أخذته من ذلك باق بحاله. فلا يخلو أن يكون قوتاً أو كسوة. فإن كان قوت يومها لم يجز أن يسترجعها لاستحقاقها له في أول اليوم، وإن تعجلت قوت شهر فطلقها ليومها استرجع منها ما زاد على قوت اليوم لأنه تعجيل ما لا تستحق فصار كتعجيل الزكاة إذا ثبت المال قبل الحول استحق الرجوع بها على الأخذ وكذلك لو مات عنها استرجع الورثة منها نفقة ما زاد على يوم الموت وقال أبو حنيفة لا يرجع به بعد القبض كالهبة وبناه على أصله في أنها بر ومواساة وهي عندنا معاوضة فرجع بها عند عدم الاستحقاق، وإن كان كسوة من لباس أو دثار. ففارقها بعد دفعها وهي باقية. ففي استحقاق الرجوع بها وجهان:

أحدهما: يرجع بها كالقوت المعجل لأنها لمدة لم تأت.

والوجه الثاني: لا يرجع بها لأنه دفعها مستحق لما تؤخذ به جبراً بخلاف القوت المعجل. فجرى مجرى قوت اليوم الذي لا يسترجع.

[القول في نفقة البدوية]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ بَدَوِيَّةً فَمَا يَأْكُلُ أَهْلُ البَادِيَةِ وَمِنَ الكُسْوَةِ بِقَدْرِ مَا يَلْبَسُونَ لَا وَقْتَ فِي ذَلِكَ إِلَّا قَدْرَ مَا يَرَى بِالمَعْرُوفِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ لأن أهل البادية يخالفون الحاضرة في الأقوات واللباس، فأقواتهم أخشن وملابسهم أخشن، ومن قرب من أمصار الريف وطرقها كان في القوت واللباس أحسن حالاً ممن بعد عنها، فينظر في الأقوات إلى عرفهم فيفرض لها منه، وفي الملابس إلى عرفهم فيفرض لها منه، فلو كان الزوج حضرياً والزوجة بدوية. فإن ساكنها في البادية لزمه لها قوت البادية وكسوتهم، وإن ساكنها في الحضر لزمه لها قوت الحضر وكسوتهم، وكذلك البدوي إذا تزوج حضرية روعي موضع مساكنتهما فكان هو المعتبر في قوتها ومسكنها وكسوتها.

[القول في أجرة الطبيب وثمن الدواء]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَى رَجُلٍ أَنْ يُضَحِّيَ لِامْرَأَتِهِ وَلَا يُؤَدِّيَ عَنْهَا أَجْرَ طَبِيبٍ وَلَا حَجَّامٍ».

قال الماوردي: أما الأضحية فمما لا يجب عليه في حق نفسه ولا في حقها، وهي بخلاف زكاة الفطر التي تجب عليه في حق نفسه وفي حقها.

فإن قيل فهلا كان العرف فيها معتبراً كالأقوات. قيل إن اعتبر فيها عرف الأكل منها فقد استحقت مثله في قوتها، وإن اعتبر فيها عرف الصدقة فهو عن الزوج لا عنها، وأما أجرة الطبيب والحجام وثمن الدواء في الأمراض فجميعه عليها دون الزوج بخلاف الدهن والمشط للفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الدهن مألوف وهذا نادر.

والثاني: اختصاص الدهن بالاستمتاع واختصاص الدواء والطبيب بحفظ الجسد. والله أعلم.

بابُ الحَالِ الَّتِي يَجِبُ فِيْهَا النَّفَقَةُ وَمَا لَا يَجِبُ مِنْ كِتَابِ عِشْرَةِ النِّسَاءِ وَكِتَابِ التَّعْرِيضِ بِالخُطْبَةِ وَمَنْ الإِمْلَاءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا كَانَتْ المَرْأَةُ يُجَامَعُ مِثْلُهَا فَخَلَّتْ أَوْ أَهْلُهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَإِنْ كَانَ صَغِيراً لأَنَّ الحَبْسَ مِنْ قِبَلِهِ وَقَالَ فِي كِتَابَيْنِ وَقَدْ قِيْلَ إِذَا كَانَ الحَبْسُ مِنْ قِبَلِهِ فَعَلَيْهِ وَإِذَا كَانَ مِنْ قِبَلِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ يُنْفِقُ لأَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنْ غَيْرِهِ كَانَ مَذْهَباً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَطَعَ بِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُخَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى قَالَ فَإِنِ ادَّعَتِ التَّخْلِيَةَ فَهِيَ غَيْرُ مُخَلِّيَةٍ حَتَّى يُعْلَمَ ذَلِكَ مِنْهَا».

قال الماوردي: المستحق بالزوجية من حقوق الأموال شيئان: المهر، والنفقة.

فأما المهر فيجب بالعقد، وقد مضى بيانه في كتاب الصداق.

وأما النفقة فلا تجب بمجرد العقد لسقوطها بالنشوز، ولأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها ودخل بها بعد سنتين فما أنفق عليها حتى دخلت عليه ولو أنفق عليها لنقل، ولو كان حقاً لها لساقه إليها ولما استحل أن يقيم على الامتناع من حق وجب لها، ولكان إن أعوزه في الحال بسوقه إليها من بعد أو يعملها بحقها ثم يستحلها لتبرأ ذمته من مطالبته بفرض، فدل هذا على أن النفقة لا تجب بمجرد العقد، وكذلك لا تجب النفقة بمجرد الاستمتاع، لأن الموطوءة بشبهة لا نفقة لها وإن كان الاستمتاع بها موجوداً، وكذلك لا تجب بالعقد والاستماع، لأنها لو مكنت من نفسها بعد العقد وجب لها النفقة وإن لم يستمتع بها، فدل إذا لم تجب بواحد من هذه الأقسام الثلاثة، على أنها تجب باجتماع العقد والتمكين واختلف أصحابنا في تحرير العبارة عنه.

فقال البغداديون تجب بالتمكين المستند إلى عقد فجعلوا الوجوب معلقاً بالتمكين وتقديم العقد شرطاً فيه وقال البصريون: تجب بالعقد والتمكين، فجعلوا الوجوب معلقاً بالعقد وحدوث التمكين شرطاً فيه، وتأثير هذا الاختلاف يكون في زمان التأنيث للتمكين هل تستحق فيه النفقة أم لا. فمن جعل التمكين في الوجوب أصلاً وجعل تقدم العقد شرطاً لم يوجب لها النفقة في زمان التأنيث وأوجبها بكمال

التمكين، ومن جعل العقد في الوجوب أصلاً وجعل حدوث التمكين شرطاً أوجب لها النفقة في أول زمان التأنيث للتمكين إلى أقصى كمال التمكين.

[القول في النفقة في العقد الفاسد]

فصل: فإذا تقرر ما تجب به النفقة من العقد والتمكين، فالعقد ما حكم له بالصحة دون الفساد وأما التمكين فيشتمل على أمرين لا يتم إلا بهما.

أحدهما: تمكينه من الاستمتاع بها.

والثاني: تمكينه من النقلة معه حيث شاء في البلد الذي تزوجها فيه وإلى غيره من البلاد إذا كانت السبل مأمونه فلو مكنته من نفسها ولم تمكنه من النقلة معه لم تجب عليه النفقة، لأن التمكين لم يكمل إلا أن يستمتع بها في زمان الاستمتاع من النقلة، فتجب لها النفقة ويصير استمتاعه بها عفواً عن النقلة في ذلك الزمان وإن أجابته إلى النقلة ومنعته من الاستمتاع. فإن كان لعذر يحرم معه الاستمتاع كالحيض والإحرام والصيام لم تسقط نفقتها؛ لأنه محظور عليه بالشرع فصار مستثنى من العقد، وإن كان الامتناع لغير عذر سقطت نفقتها إذا كان الاستمتاع ممكناً.

فصل: وإذا كان كذلك لم يخل حال الزوجين من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهتهما جميعاً، فيكون الزوج ممن يطأ والزوجة ممن توطأ، فإذا مكنته من نفسها أو كانت مراهقة غير بالغ فمكنه منها وليها وجبت عليه نفقتها سواء استمتع بها أو لم يستمتع، لأن الاستمتاع حق له إن شاء استوفاه وإن شاء تركه، ولو منعه منها أهلها لعدم بلوغها لم تجب نفقتها وإن كانت معذورة، لأن ما تجب به النفقة معدوم، فلو بذلت نفسها قبل بلوغها وأكرهت أهلها على تمكينه منها استحقت النفقة؛ لأن البلوغ غير معتبر في التسليم المستحق كالمبيع إذا سلمه إلى المشتري غير بالغ صح القبض، فلو كان الزوج غائباً فمكنت من نفسها في حال غيبته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد تسلمها قبل الغيبة فالنفقة لها في زمان الغيبة واجبة لأنها مستديمة لتمكين كامل.

والوجه الثاني: أن لا يوجد التسليم قبل الغيبة فشروعها في التمكين أن تأتي الحاكم فتخبره بعد ثبوت الزوجية عنده بأنها مسلمة نفسها إلى زوجها، فإذا فعلت كتب حاكم بلدها إلى حاكم البلد الذي فيه زوجها بحضور الزوجة وتسليم نفسها، فإذا علم الزوج من حاكم بلد بتسليم نفسها إليه فكمال التمكين يكون بأن يمضي على الزوج بعد علمه زمان الاجتماع إما بأن ينتقل إليها وإما بأن ينقلها إليه، والخيار في ذلك إليه

دونها ونفقة نقلتها عليه دونها، فإذا كمل التمكين بمضي زمان الاجتماع فعلى قول البغداديين تجب نفقتها حينئذ، ولا تجب بما تقدم من بذل التسليم، وعلى قول البصريين تجب نفقتها من وقت الشروع في التسليم بناء على اختلافهم في التمكين هل هو في وجوب النفقة أصل أم شرط؟ على ما قدمناه.

فصل: والحال الثانية: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهة الزوج لبلوغه وغير ممكن من جهة الزوجة لصغرها وكونها ممن لا يوطأ مثلها، فلا يلزم أهلها تسليمها إليه، لأنه زمان يطأها أن تسلمها، وفي وجوب نفقتها عليه وجهان:

أحدهما: لها النفقة لأمرين.

أحدهما: أن المانع من الاستمتاع بها في الصغر كالمانع منه بالمرض، ونفقة المريضة واجبة كذلك نفقة الصغيرة.

والثاني: أنه قد تزوجها عالماً بأنه لا استمتاع فيها فصار كالعاقد مع علمه بالعيوب، فلزم فيها حكم السلامة منها.

والقول الثاني: نصّ عليه الشافعي في كتاب النفقات، وفي عشرة النساء أنه لا نفقة لها، واختاره المزني وهو مذهب أبي حنيفة. استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن فقد الاستمتاع بالصغر أغلظ من تعذره بالنشوز في الكبر لإمكانه في حال النشوز وتعذره في حال الصغر، فكان إلحاقه بالنشوز في سقوط النفقة أحق.

والثاني: أن النفقة مستحقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع فصارت بدلاً في مقابلة مبدل وفوات المبدل موجب لسقوط البدل سواء كان فواته بعذر أو غير عذر لسقوط الثمن بتلف المبيع.

فصل: والحال الثالثة: أن يكون الاستمتاع من الزوجة لكبرها ومتعذراً من جهة الزوج لصغره، فقد اختلف أصحابنا لتعذره من جهة الزوج، هل يجري مجرى تعذره من جهة الزوجة؟ على وجهين:

أحدهما: وهوقول أبي علي بن أبي هريرة: أنهما سواء وإن وجوب نفقتها على قولين، لأن علمها بصغره كعلمه بصغرها فاستوى فوات الاستمتاع بهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وهو الأصح إن تعذر الاستمتاع من جهته مخالف لتعذره من جهتها وأن نفقتها تجب عليه قولاً واحداً وبه قال أبو حنيفة، لأن الاستمتاع مستحق عليها دونه، وقد وجد التمكين من جهة الزوجة فلم تسقط النفقة بتعذره من جهة الزوج فصار كما لو هرب أو جُبَّ وكالمستأجر داراً إذا

مكن من سكنها وجبت عليه أجرتها وإن تعذر عليه سكناها.

فصل: والحال الرابعة: أن يتعذر الاستمتاع من جهتهما لصغرهما وأن الزوج ممن لا يطأ والزوجة ممن لا توطأ. ففي وجوب النفقة؟ قولان:

أحدهما: لها النفقة وهو أصح تغليباً لعلمها بالحال مع استوائهما في العجز.

والقول الثاني: لا نفقة لها اعتباراً بتعذر الاستمتاع، والله أعلم.

[القول في نفقة المريضة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا وَلَيْسَتْ كَالصَّغِيْرَةِ».

قال الماوردي: لا تسقط نفقة الزوجة بالمرض وإن سقطت في أحد القولين بالصغر لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المريضة في قبضته لما يلزمها من تسليم نفسها إليه، والصغيرة ممنوعة منه لأنه لا يجب تسليمها إليه.

والوجه الثاني: أن في المريضة استمتاعاً بما سوى الوطء، وإنها سكن وألف وليس في الصغيرة استمتاع. وليست بسكن ولا ألف، وفرق بين تعذر جميع الاستمتاع وبين تعذر بعضه كالرتقاء تجب نفقتها وإن لم يقدر على أصابتها.

[القول في حكم النفقة إذا كان في الجماع ضرر عليها]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ فِي جِمَاعِهَا شِدَّةُ ضَرَرٍ مُنِعَ وَأَخَذَ بِنَفَقَتِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان الجماع ينكأها وينالها منه شدة ضرر إما لضؤولـة جسدها وضيق فرجها وإما لعظم خلقة الزوج وغلظ ذكره منع من وطئها لأمرين:

أحدهما: ما يخاف من جنايته عليها وأنه ربما أفضاها وأدى إلى تلفها.

والثاني: أن الاستمتاع المستحق ما اشترك في الالتذاذ به غالباً. فإذا خرج عن هذا الحد لم يكن مستحقاً ولا يكون ذلك عيباً يوجب الفسخ. لأمرين:

أحدهما: أن العيب ما ثبت حكمه في حق كل زوج، ولو كان الزوج مثلها لم يكن عيباً فسقط أن يكون في حقها عيباً.

والثاني: أنه لما لم يكن وجود مثله في الزوج عيباً تفسخ به الزوجة لم يكن وجود مثله في الزوجة عيباً يفسخ به الزوج.

فلو اختلفا وادعت الزوجة دخول شدة الضرر عليها في جماعه وأنكر الزوج أن يكون عليها فيه ضرر فهذا مما يوصل إلى معرفته بالمشاهدة فيه عدالة ثقات النساء ليشهدن. فإن وصلن إلى علمه ومعرفة حاله في غير وقت الإيلاج نظرنه. وإن لم يتوصلن إلى علمه إلا عند الإيلاج جاز أن يشهدن حال الإيلاج للضرورة الداعية إليه كما يشهدن العيوب الباطنة، وكما يشاهد الطبيب عند الضرورة فرج المرأة، وإذا كان كذلك فهل يجري ذلك مجرى الخبر أو الشهادة؟ على وجهين:

إحداهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الخبر فيقبل فيه خبر المرأة الواحدة

والوجه الثاني: أنها شهادة لا يقبل فيها أقل من أربعة نسوة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ارْتَتَقَتْ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى جِمَاعِهَا فَهَذَا عَارِضٌ، لَا مَنْعَ بِهِ مِنْهَا وَقَدْ جُومِعَتْ».

قال الماوردي: أما القرن فهو عظم يعترض الرحم لا يمكن جماعها معه ولا يجوز حدوث مثله بعد كمال الخلقة ولا يرجى زواله بعد وجوده في أصل الخلقة وللزوج الخيار في فسخ نكاحها به فإن أقام على نكاحها لزمته النفقة، وله أن يستمتع بما دون الفرج منها، وأما الرتق: فهو لحم ينبت في الرحم لا يمكن جماعها معه لضيق الفرج به عن دخول الذكر ويجوز حدوث مثله بعد كمال الخلقة ويمكن أن يزول بعد حدوثه فللزوج الخيار في فسخ نكاحها به إذا كان متقدماً على العقد، وفي فسخه لنكاحها إذا وجد بعد العقد قولان مضيا في كتاب النكاح.

أحدهما: له الفسخ وعليه بعد الفسخ جميع المهر إذا كان قد دخل بها. ولا شيء عليه إن لم يدخل بها. فإن أقام لزمته النفقة، وله الاستمتاع بما دون الفرج.

والقول الثاني: لا خيار له. لأن الطلاق بيده، ولها النفقة لكونها ممكناً وإن لم يمكن جماعها وأنه قد يقدر على الاستمتاع بما دون الفرج منها.

[القول في النفقة إذا أحرمت أو اعتكفت]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أُذِنَ لَهَا فَأَحْرَمَتْ أَوِ اعْتَكَفَتْ أَوْ لَزِمَهَا نَذْرُ كَفَّارَةٍ كَانَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا».

قال الماوردي: جملة العبادات التي يحرم الوطء فيها أربعة، الصلاة، والصيام، والاعتكاف والحج، فبدأ الشافعي بالحج لتغليظ حكمه، وأنه لا يمكن الخروج منه قبل تمامه مع السفر فيه عن الوطن، فإذا أحرمت بالحج لم يخل حالها فيه مع الزوج من أحد أمرين إما أن يكون بإذنه، أو غير إذنه. فإن كان بغير أذنه صارت بالإحرام في حكم الناشز ونفقتها ساقطة عنه سواء أحرمت بتطوع أو واجب. لأن وجوب الحج على التراخي واستمتاع الزوج مستحق على الفور، وسواء أكان الزوج محلاً يقدر على الإصابة أو كان محرماً لا يقدر عليها، لأن الاعتبار بحدوث الامتناع من جهتها، ولا اعتبار بمنع الزوج منها. ألا تراه لو كان مسافراً عنها وتركها في منزله فخرجت منه سقطت نفقتها، وإن لم يقدر بالغيبة على إصابتها، وإن أحرمت بإذنه لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون معها أو لا يكون فإن كان معها فلها النفقة، لأن إذنه لها قد أخرجها من معصيته، واجتماعها معه قد أخرجها من مباعدته، وإن لم يكن معها ففي سقوط نفقتها قولان:

أظهرهما: لها النفقة وهو الذي أشار إليه هاهنا، لأن إحرامها عن إذنه فأشبه إذا كان معها.

والقول الثاني: لا نفقة لها. ذكره في كتاب النشوز. لأنها سافرت عنه فأشبه إذا لم يأذن لها وهكذا حكم العمرة.

فصل

[القول في نفقة المعتكفة]

وأما اعتكافها فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون في منزلها إذا قيل بجواز اعتكافها فيه فلها نفقتها إذا كان تطوعاً. لأنها لم تبعد عنه ويقدر على إخراجها منه.

والضرب الثاني: أن يكون اعتكافها في مسجد خارج من منزلها. فلا يخلو أن يكون عن إذنه أو غير إذنه. فإن كان عن غير إذنه سقطت نفقتها، وإن كان عن إذنه وهو معها فلها النفقة، وإن لم يكن معها فعلى ما مضى من القولين في الحج.

أحدهما: تسقط نفقتها.

والثاني: لا تسقط لما قدمناه من التعليلين.

[القول في نفقة الزوجة الصائمة]

فصل: وأما صومها فينقسم خمسة أقسام:

أحدها: صوم شهر رمضان فهذا من الفروض المشروعة فإذا تعين عليها كان مستثنى من حقوق الزوج فكانت فيه على حقها من النفقة.

والقسم الثاني: قضاء رمضان. فزمانه ما بين رمضانها الذي أفطرته ورمضانها الذي تستقبله. فإن كان في آخر زمانه وعند تعيين وقته لم يكن له منعها منه، وكانت على حقها من النفقة لصومها في رمضان، وإن كان في أول زمانه وقبل تعين وقته فله منعها من تقديمه، لأن حقه في الاستمتاع بها على الفور وهذا الصوم على التراخي، فإن دخلت فيه ففي جواز إجباره لها على الفطر وجهان: مخرجان من اختلاف قوليه في إجبارها على إحلالها من الحج.

أحدهما: له أن يجبرها على الفطر، فعلى هذا إن أفطرت كانت على حقها من النفقة، وإن امتنعت سقطت نفقتها بعد الامتناع كالناشز.

والوجه الثاني: ليس له إجبارها على الفطر تغليباً لحرمة العبادة. فعلى هذا في سقوط نفقتها وجهان:

أحدهما: تسقط به نفقتها كالحج.

والوجه الثاني: لا تسقط به النفقة لأمرين. مما فرق بين الصوم والحج.

أحدهما: لقرب زمانه وقدرته على الاستمتاع بها في ليله.

والثاني: لمقامها في منزله فخالف الحج في خروجها منه.

والقسم الثالث: صوم التطوع فله منعها منه لرواية أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تصوم المرأة وزوجها شاهد يوماً من غير رمضان إلا بإذنه»، لأن صومها يمنع مما استحقه الزوج من الاستمتاع بها فصارت مانعة من واجب بتطوع، فإن صامت ولم يدعها الزوج إلى الخروج منه بالاستمتاع فهي على حقها من النفقة، وإن دعاها إلى الخروج منه فإن خرجت منه بالاستمتاع كانت على حقها من النفقة، وإن امتنعت صارت ناشزاً وسقطت نفقتها إن كان في صدر النهار وكانت على حقها من النفقة إن كان الامتناع في أخره، لقربه من زمان التمكين فصار ملحقاً بوقت الأكل والطهارة.

والقسم الرابع: صوم الكفارة. فهو في الذمة غير معين الوقت فله منعها قبل الدخول فيه، فإن دخلت فيه بعد منعه صارت ناشزاً وسقطت نفقتها، وإن لم يمنعها منه حتى دخلت فيه ففي إجباره لها على الخروج منه ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: له إجبارها وتسقط نفقتها إن أقامت عليه.

والوجه الثاني: ليس له إجبارها. فعلى هذا ينظر. فإن كان التتابع فيه مستحقاً بطلت به نفقتها، وإن لم يكن مستحق التتابع ففي سقوط نفقتها به وجهان:

أحدهما: تسقط في أيام الصوم كالمتتابع.

والثاني: لا تسقط لقوته، وهذان الوجهان من اختلاف وجهي أصحابنا في نفقة الأمة على زوجها إذا مكن منها ليلاً ومنع منها نهاراً هل تجب نفقتها أم لا؟ على وجهين:

والقسم الخامس: صوم النذر، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الذمة غير معين الزمن فهو كصوم الكفارة على ما قدمناه.

والضرب الثاني: أن يكون معين الزمان، فلها فيه حالتان:

إحداهما: أن يتقدم عقد نذرها على عقد نكاحها فلا يمنع صومه من وجوب نفقتها؛ لأنه قد صار بالتقديم مستثنى من العقد كالذي استثناه الشرع.

والحالة الثانية: أن يكون نذرها بعد عقد النكاح، فلا يخلو أن يكون معقوداً بأذن الزوج أو بغير إذنه، فإن كان معقوداً بإذنه لم يكن له منعها وكانت على حقها من النفقة لأن في إذنه تركاً لحقه، وإن كان بغير إذنه فله منعها وتسقط به نفقتها لتقدم حقه على نذرها.

فصل: وأما الصلاة فتنقسم ستة أقسام:

أحدهما: ما كان من الفروض الموقتة كالصلوات الخمس فليس له منعها منها لاستثناء الشرع لها، ولها تعجيلها في أول الوقت وإن جاز تأخيرها إلى أخره، بخلاف فرض الحج الذي يجوز له منعها من تقديمه.

والفرق بينهما: أن تعجيل الصلاة لأول وقتها فضيلة تتعلق بالوقت فلم يكن له تفويت الفضيلة عليها، وتعجيل الحج احتياط لا يختص فضيلة تفويت فافترقا.

والقسم الثاني: ما سنه الشرع من توابع الفروض المؤقتة، فإن دخلت فيها فعليه تمكينها منها على العادة المعروفة من غير تقصير ولا إطالة.

والقسم الثالث: قضاء الفروض المؤقتة. فإن دخلت فيها فأحرمت بها لم يكن له قطعها عليها. لاستحقاقها بالشرع وقرب زمانها بالخروج منها، وإن لم تحرم بها وتدخل فيها فليس له منعها منها على الدوام. لاستحقاق القضاء لها مع الإمكان. فإن أرادت الإحرام بالقضاء وأراد الاستمتاع بها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني يقدم حقه على حق القضاء لثبوته في الذمة.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي، أنه يقدم حق القضاء على حقه. لأن فرض القضاء مستحق في أول زمان المكنة فصارت كالمؤقتة شرعاً.

والقسم الرابع: ما كان من السنن المشروعة في الجماعة كالعيدين، وكذا الاستسقاء والخسوفين فله منعها من الخروج للجماعة، وليس له منعها من فعلها في منزلها لمساواتها له في الأمر بها والندب إليها وإنها مختصة بوقت يفوت بالتأخير فأشبهت الفروض وإن لم تفرض.

والقسم الخامس: أن تكون نذراً فتكون كالصوم المنذور على ما ذكرناه في التقسيم.

والقسم السادس: أن تكون تطوعاً مبتدأ فله منعها منه إذا دعاها إلى الاستمتاع وله قطعها بعد الدخول فيها كما يقطع عليها صوم التطوع لوجوب حقه فلم يجز إسقاطه بتطوعها والله أعلم بالصواب.

[القول في النفقة إذا هربت الزوجة أو امتنعت]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَرَبَتْ أَوِ امْتَنَعَتْ أَوْ كَانَتْ أَمَةً فَمَنَعَهَا سَيِّدُهَا فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا».

قال الماوردي: أما هربها أو نشوزها عليه مع المقام معه فهما سواء في سقوط نفقتها، وإن كانت بالهرب أعظم مأثماً وعصياناً.

وقال الحكم بن عتيبة: لا تسقط عنه بالنشوز، لأنها وجبت بملك الاستمتاع ولا يزول ملكه عن الاستمتاع بالنشوز فلم تسقط به النفقة، وهذا فاسد، لأن وجوب النفقة بالتمكين من الاستمتاع كما تجب أجرة الدار بالتمكين من السكنى، وقد ثبت أن المؤجر إذا منع المستأجر من السكنى سقطت عنه الأجرة. كذلك الزوجة إذا منعت من التمكين سقطت النفقة.

فصل: فأما الأمة إذا زوجها سيدها فهي مخالفة للحرة في التمكين، لأن الحرة يلزمها تمكين الزوج من نفسها ليلاً ونهاراً، والأمة يلزم السيد أن يمكن زوجها منها ليلاً ولا يلزمه تمكينه منها نهاراً.

والفرق بينهما: أن الأمة مملوكة الاستخدام في حق السيد، ومملوكة الاستمتاع في حق الزوج فلم يسقط أحد الحقين بالآخر مع تغايرهما وتميز زمانهما، والاستخدام أخص بالنهار من الليل فاختص به السيد فلم يلزمه تسليمها بالنهار، والليل أخص

بالاستمتاع من النهار فاختص به الزوج ولزم السيد تسليمها فيه، والحرة بخلافها؛ لأنه لم يشارك الزوج مستحق للخدمة فلذلك وجب عليها تسليم نفسها ليلاً ونهاراً.

فإن قيل: فهي مالكة لخدمة نفسها فهلا استحقت منع الزوج من نفسها في زمان الخدمة وهو النهار كالأمة؟

قيل: لأن الخدمة غير مملوكة عليها، فصار في تزويجها تفويت لحقها من الخدمة، فخالفت الأمة التي قد ملك منها الخدمة، فإن قيل فإن كانت الحرة قد أجرت نفسها للخدمة ثم تزوجت أيكون نهار الخدمة خارجاً من استمتاع الزوج ويختص استمتاعه بالليل دون النهار قيل نعم، ولو رامت الزوجة أن تؤجر نفسها بعد التزويج لم يجز لها؛ لأنها قبل التزويج مملوكة الاستخدام وهي بعد التزويج مفوتة لحقها منه، وإذا تقدمت الإجارة وكان الزوج عالماً بها فلا خيار له، وإن لم يكن عالماً فله الخيار بين قيامه على النكاح وبين فسخه؛ لأن تفويت الاستمتاع في النهار عيب فاستحق به الفسخ فلو مكن المستأجر من الاستمتاع بها في النهار لم يسقط حقه من الخيار، لأن المستأجر متطوع بالتمكين فلم يسقط بتطوعه خيار مستحق، فإذا ثبت أن التمكين من الأمة مستحق في الليل دون النهار بخلاف الحرة ما لم تتقدم إجارتها فللسيد حالتان:

إحداهما: أن يمكنه منها ليلاً ونهاراً فيلزمه نفقتها لكمال استمتاعه بها.

والحال الثانية: أن يمكنه منها ليلاً في زمان الاستمتاع ويمنعه منها نهاراً في زمان الاستخدام. فلا خيار للزوج في فسخ نكاحها إذا كان عالماً برقها؛ لأنه حكم مستقر في نكاح الأمة، وفي نفقتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا أنه لا نفقة عليه لقصور استمتاعه عن حال الكمال.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة والأظهر عندي أن عليه من نفقتها بقسطه من زمان الاستمتاع وهو أن يكون على الزوج عشاؤها وعلى السيد غذاؤها لأن العشاء يراد لزمان الليل والغذاء يراد لزمان النهار، وعليه من الكسوة ما تتدثر به ليلاً وعلى السيد منه ما تلبسه نهاراً، وإنما تقسط النفقة عليه ولم تسقط عنه مع وجود الاستمتاع لئلا يخلو استمتاع بزوجة من استحقاق نفقة. كالحرة إذا مكنت في يوم ونشزت في يوم.

[القول في اختلاف الزوجين في قبض النفقة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُبْرِئُهُ مِمَّا وَجَبَ لَهَا مِنْ نَفَقَتِهَا وَإِنْ كَانَ حَاضِراً مَعَهَا إِلاَّ إِقْرَارَهَا أَوْ بَيِّنَةٌ تَقُومُ عَلَيْهَا».

قال الماوردي: إذا اختلف الزوجان في قبض ما يستحق بالزوجية من مهر ونفقة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول فالقول فيه قول الزوجة المنكرة إجماعاً.

والضرب الثاني: أن يكون بعد الدخول فمذهب الشافعي وأبو حنيفة أن القول قول الزوجة أيضاً مع يمينها كغير المدخول بها وقال مالك: القول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن ظاهر العرف في أن الأغلب من حالها أنه لو لم يدفع صداقها لم تسلم نفسها ولو لم ينفق عليها لم تقم معه فشهد بصحة قول الزوج دونها فوجب أن يكون فيه قول الزوج مع يمينه كالمتنازعين داراً هي في يد أحدهما يكون القول فيها قول صاحب اليد لأن ظاهر العرف يشهد له بالملك.

والدليل على ما قلناه قول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» والزوج مدع فلم تقبل دعواه؛ ولأن اختلاف المزوجين في قبض حقوق الزوجية يوجب قبول قول الزوجة المنكرة كغير المدخول بها، ولأنه لما استوى إنكار البائع لقبض الثمن فيما قبل تسليم المبيع وبعده وإن كان العرف في التسليم أنه لا يكون إلا بعد قبض الثمن. كذلك الزوجة في إنكارها قبض الصداق والنفقة يجب أن يستويا فيما قبل التمكين وبعده، وبهذا يقع الانفصال عن استدلاله إذا سلم له العرف فيه.

فصل: فإذا ثبت أن القول فيه قول الزوجة في الحالين مع يمينها فلا يخلو أن تكون حرة أو أمة، فإن كانت حرة فالرجوع فيه إلى قولها مع يمينها ما لم تقم عليها بينة بقبضه أو على إقرارها بالقبض، والمهر والنفقة معاً، وسواء فيه قبل الدخول أو بعده وليس يمتنع وجوب النفقة قبل الدخول إذا سلمت نفسها فامتنع من الدخول عليها تجب لها النفقة مع عدم الدخول، وإن كانت أمة نظر فإن كان الاختلاف في قبض الصداق رجع فيه إلى قول سيدها دونها، لأن الصداق ملك له لا لها. فإن أنكر قبضه حلف ولم تحلف الأمة، وإن كان الاختلاف في قبض النفقة رجع فيه إلى قولها دون سيدها لأن النفقة حق لها دون سيدها فكانت هي الحالفة دونه.

فصل: فإن ادعى الإعسار ودفع نفقة معسر وادعت الزوجة يساره وطالبته بنفقة موسر، فالقول قول الزوج مع يمينه ما لم يتحقق يساره، لأن الأصل في الناس العدم حتى يوجد اليسار، ولأن الأصل براءة الذمة حتى يعلم الاستحقاق، فلهذين قبل قوله في الإعسار وأحلف عليه لجواز أن يطرأ عليه اليسار.

[القول في النفقة إذا أسلم أحد الزوجين]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَثَنِيَّةٌ وَأَسْلَمَ زَوْجُهَا فِي العِدَّةِ

أَوْ بَعْدَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ لأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ مَتَى شَاءَ أَسْلَمَ وَكَانَتْ امْرَأَتُهُ، وَلَوْ كَانَ هُوَ المُسْلِمَ لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ فِي أَيَّامِ كُفْرِهَا وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهَا فَلَمْ يُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَلاَ حَقَّ لَهُ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهَا وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ القَدِيمِ فَإِنْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ فَهُمَا عَلَى النِّكَاحِ وَلَهَا النَّفَقَةُ فِي حَالِ الوَقْفِ لأَنَّ العَقْدَ لَمْ يَنْفَسِخْ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: الأَوَّلُ أَوْلَى بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ تَمْنَعُ المُسْلِمَةُ النَّفَقَةَ بِامْتِنَاعِهَا فَكَيْفَ لاَ تَمْنَعُ الوَثَنِيَّةُ بِامْتِنَاعِهَا».

قال الماوردي: وصورتها: في زوجين وثنيين أو مجوسيين أسلم أحدهما، فلا يخلو حال المسلم منهما من أن يكون الزوج أو الزوجة، فإن كان المسلم هو الزوجة لم يخل إسلامها من أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان قبل الدخول يبطل نكاحها وسقط مهرها لأن الفسخ جاء من قبلها وإن كان بعد الدخول فالنكاح موقوف على انقضاء العدة، والمهر قد استكملته بالدخول فلم يسقط بالإسلام والنفقة واجبة لها في زمان العدة سواء اجتمعا على النكاح بإسلام الزوج قبل انقضاء العدة أو افترقا فيه بمقام الزوج على كفره إلى انقضاء العدة؛ لأن الفسخ وإن كان من قبلها فقد كان ممكناً من تلافيه بإسلامه قبل انقضاء عدتها فصارت الفرقة منسوبة إلى اختياره.

وإن كان المسلم منهما هو الزوج لم يخل إسلامه من أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول بطل نكاحها وكان عليه نصف مهرها، وإن كان بعد الدخول كان النكاح موقوفاً على انقضاء العدة. فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها بطل نكاحها ولها المهر كاملاً لاستقراره بالدخول ولا نفقة لها لأنها بمقامها على الشرك الذي يوجب تحريمها عليه أسوأ حالاً من الناشز فكانت بسقوط النفقة أحق، ولئن كان بسبب من جهته فهو مأمور به وواجب عليه، ولها تلافي التحريم بالإسلام الذي هي مأمورة به أيضاً، وإن أسلمت قبل انقضاء العدة كانا على النكاح، وفي استحقاقها النفقة في زمان وقفها في الشرك قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم لها النفقة؛ لأن إسلام الزوج قد شعث العقد وأحدث فيه خللاً، فإذا استدركته الزوجة بإسلامها زال حكمه فاستحقت النفقة.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: لا نفقة لها، لأن مقامها على الكفر أسوأ حالاً من النشوز الذي لا يوجب الإقلاع منه استحقاق النفقة فيه فكان الإسلام بعد الكفر أولى أن لا تستحق النفقة فيه، فعلى هذا لو كان الزوج قد عجل لها نفقة شهر لم يسترجعها على القول الأول لاستحقاقها فيه.

فأما على القول الثاني: إنه لا نفقة لها ينظر في زمان التعجيل، فإن كان قبل

إسلام الزوج استرجعه لأنه كان تعجيلاً عن ظاهر استحقاق وإن عجله بعد إسلامه لم يسترجعه لأنه تطوع.

فصل: ويتفرع على هذه المسألة أن يرتد أحد الزوجين المسلمين. فإن كان المرتد منهما هو الزوج وكان قبل الدخول، فقد بانت منه ولزمه نصف المهر، وإن كان بعده فعليه جميع المهر والنكاح موقوف على انقضاء العدة، ولها النفقة في زمان عدتها؛ لأنها على دينها المأمورة به والتحريم من قبل الزوج ويقدر على تلافيه واستدراكه بالإسلام، وإن ارتدت الزوجة فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها، وإن كان بعد الدخول فلها جميع المهر ولا نفقة لها في زمان الردة قولاً واحداً؛ لأن التحريم من قبلها بما لا يقدر الزوج على تلافيه، فكان أسوأ حالاً من النشوز فإن لم تسلم حتى مضت العدة بطل النكاح، وإن أسلمت قبل انقضائها كانا على النكاح واستحقت نفقة المستقبل بعد الإسلام. فلو كان الزوج غائباً عنها وقت إسلامها وجبت النفقة عليه بإسلامها ولو كانت ناشزاً وغاب الزوج عنها ثم أطاعت بالإقلاع عن النشوز لم تستحق النفقة إلا بعد أعلام الزوج لتسليمه وقدومه أو قدوم وكيله.

والفرق بين المرتدة والناشز أن نفقة المرتدة سقطت بالردة. فإذا زالت الردة عادت النفقة، ونفقة الناشز سقطت بالامتناع فلم تعد إلا بالتسليم.

[القول في وجوب النفقة لزوجة العبد]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَعَلَى العَبْدِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ وَالكِتَابِيَّةِ والأَمَةِ إِذَا بُوِّئَتْ مَعَهُ بَيْتاً وَإِذَا احْتَاجَ سَيِّدُهَا إِلَى خِدْمَتِهَا فَذَلِكَ لَهُ وَلاَ نَفَقَةَ لَهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. على العبد نفقة زوجته وإن لم تجب عليه نفقة أقاربه لأمرين:

أحدهما: أن نفقة الزوجة معاوضة والعبد من أهل المعاوضات، ونفقة الأقارب مواساة وليس العبد من أهل المواساة.

والثاني: أن نفقة الزوجة تجب في اليسار والإعسار فوجبت على العبد مع إعساره، ونفقة الأقارب تجب في اليسار دون الإعسار فسقطت عن العبد لإعساره. فإذا ثبت وجوب النفقة عليه نظر في زوجته فإن كانت حرة أو مكاتبة لزمها تمكينه من نفسها ليلاً ونهاراً، وإن كانت أمة نظر فإن كان بوأها معه السيد منزلاً ليلاً ونهاراً وجبت عليه نفقتها، وإن منعه منها ليلاً ونهاراً سقطت نفقتها وكان السيد متعدياً بمنعها منه في الليل

دون النهار، وإن بوأها معه ليلاً واستخدمها نهاراً لم يتعد، وفي نفقتها ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: وهو قول المروزي والظاهر من مذهب الشافعي أنه يسقط عنه جميعها.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وهو الأصح عندي أنه يجب عليه من النفقة بقسطها من زمان الليل دون النهار وهو ما قابل العشاء دون الغداء. فإذا تقرر استحقاقها على ما وصفناه كانت مستحقة في كسبه ولا تعلق لها بذمته ولا برقبته مع وجود كسبه؛ لأن أذن السيد له بالنكاح أذن باكتساب المهر والنفقة، لأنهما من موجبات إذنه، وينظر في كسبه، فإن كان وفق النفقة من غير زيادة ولا نقص صرف جميعه في نفقته ونفقة زوجته. وإن كان زائداً على نفقتهما أخذ السيد فاضله .وإن نقص عن النفقة نظر فيه. فإن كان وفق نفقة الزوجة دون الزوج صرفه العبد في نفقة زوجته وكان على السيد نفقة العبد في حق نفسه وإن قصر كسبه عن نفقة زوجته التزم السيد النفقة للعبد وكمل الباقي من نفقة الزوجة كما لو كان العبد غير مكتسب، ولا يخلو حاله إذا كان غير مكتسب من أمرين:

أحدهما: أن يكون لعجزه عن الاكتساب مع تخلية السبيل بينه وبين الكسب، فعلى السيد نفقة العبد، وفي نفقة زوجته قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم أنها تتعلق برقبة العبد فيباع منه بقدرها إلا أن يفديه السيد بالتزامها، لأن وطأه كالجناية منه.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: أنها تتعلق بذمة العبد لاستحقاقها عن معاوضة.

فيقال لزوجته: قد أعسر زوجك بنفقتك فأنت بالخيار بين المقام معه والصبر بالنفقة إلى حين اكتسابه في رقة أو بعد عتقه وبين فسخ نكاحه.

والحال الثانية: أن يكون عجزه عن النفقة لاستخدام السيد له أو لسفره به فيكون السيد ضامناً لنفقة زوجته، وفي قدر ما يضمنه لها وجهان:

أحدهما: يضمن لها جميع نفقتها وإن زادت على كسبه لأنه قد كان يجوز أن يحدث له من زيادة الكسب ما يفي بنفقتها وإن زادت على كسبه.

والوجه الثاني: أنه يضمن لها أقل الأمرين من نفقتها أو من كسب زوجها فإن كانت نفقتها أقل ضمن لها جميعها، وإن كانت أكثر ضمن لها قدر كسبه، وكان في الباقي منها قولان على ما مضى.

أحدهما: في رقبته.

والثاني: في ذمته وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف الشافعي في العبد الجاني إذا منع السيد من بيعه وكان أرش جنايته أكثر من قيمته ففي ضمانه قولان:

أحدهما: يضمن جميع أرشها.

والثاني: يضمن أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته.

[القول في قدر نفقة زوجة العبد]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَنَفَقَتُهُ نَفَقَةُ المُقْتِرِ لأَنَّهُ لَيْسَ مَنْ عَبْدٍ إلاَّ وَهُوَ فَقِيرٌ لأَنَّ مَا بِيَدِهِ وَإِنْ اتَّسَعَ لِسَيِّدٍ وَمَنْ لَمْ تَكْمُلْ فِيْهِ الحُرِّيَّةُ فَكَالمَمْلُوكِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا كَانَ تِسْعَةُ أَعْشَارِهِ حُرًّا فَهُوَ يَجْعَلُ لَهُ تِسْعَةَ أَعْشَارِ مَا يَمْلِكُ وَيَرِثُهُ مَوْلاَهُ الَّذِي أَعْتَقَ تِسْعَةَ أَعْشَارِهِ فَكَيْفَ لاَ يُنْفِقُ عَلَى قَدْرِ سَعَتِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ جَعَلَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَنْ لَمْ تَكْمُلَ فِيْهِ الحُرِّيَّةُ كَالْمَمْلُوكِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الأَيْمَانِ إِذَا كَانَ نِصْفُهُ حُرًّا وَنِصْفُهُ عَبْداً كَفَّرَ بِالإِطْعَامِ فَجَعَلَهُ كَالحُرِّ بِبَعْضِ الحُرِّيَّةِ وَلَمْ يَجْعَلْهُ بِبَعْضِ الحُرِّيَّةِ هَاهُنَا كَالحُرِّ بَلْ جَعَلَهُ كَالعَبْدِ فَالْقِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ مَا قُلْنَا مِنْ أَنَّ الحُرَّ مِنْهُ يُنْفِقُ قَدْرَ سَعَتِهِ وَالْعَبْدُ مِنْهُ بِقَدْرِهِ وَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ أَنَّ عَلَى الحُرِّ مِنْهُ بِقَدْرِهِ فِي زَكَاةِ الفِطْرِ وَعَلَى سَيِّدِ العَبْدِ بِقَدْرِ الرِّقِّ مِنْهُ فَالْقِيَاسُ مَا قُلْنَا فَتَفَهَّمُوهُ تَجِدُوهُ كَذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى».

قال الماوردي: أما نفقة العبد على زوجته فنفقة المعسرين مد واحد من الطعام وسواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت موسرة أو معسرة، لأن النفقة تختلف بيسار الزوج وإعساره دون الزوجة، والعبد أسوأ حالاً من الحر المعسر، لأنه لا يملك كسبه والحر يملك كسبه فكان بنفقة المعسر أخص، وهكذا نفقة المدبر والمكاتب نفقة معسر، ولئن ملك المكاتب ما بيده فملكه له ضعيف لما يستحقه السيد من الحجر عليه حتى يؤديه في كتابته ولأنه معرض لزوال ملكه عند عجزه.

فصل: فأما نفقة من تبعضت فيه الحرية والرق فكان نصفه حراً ونصفه مملوكاً فمذهب الشافعي أن نفقته نفقة المعسر ما لم تكمل حريته فيلزمه لزوجته مد واحد وإن كان موسراً بما فيه من الحرية.

وقال المزني: إذا كان موسراً بما فيه من الحرية تبعضت النفقة بقدر الحرية والرق فيلزمه بنصفه المملوك نصف نفقة معسر وذلك نصف مد وبنصفه الحر نصف نفقة

موسر وذلك مد فيصير عليه لزوجته مد ونصف، استدلالاً بثلاثة أمور:

أحدها: أن الشافعي قد أوجب عليه في كتاب الأيمان أن يكفر بالإطعام دون الصيام إثباتاً لحكم الحرية فكذلك في النفقة.

والثاني: أنه لما كان في زكاة الفطر ملتزماً لنصف زكاته بنصف حريته والسيد نصفها بالنصف من رقه ولم يغلب حكم الرق في إسقاطها عنه كذلك في النفقة.

والثالث: أنه لما كان مورثاً إذا مات بقدر حريته ولم يسقط الميراث تغليباً لرقه وجب أن يكون في النفقة بمثابته.

وهذا الذي ذهب إليه المزني فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه في أحكام الزوجية يغلب حكم رقه على حريته، فلا يملك من الطلاق إلا اثنتين ولا ينكح إلا زوجتين، وكذلك في النفقة يغلب حكم الرق، ولو جاز أن تتبعض النفقة بقدر حريته ورقه حتى يلتزم مداً ونصفاً، لملك من المنكوحات ثلاثاً واحدة بنصفه المسترق واثنتين بنصفه المعتق، وفي أبطال هذا وتغليب حكم الرق دليل على إبطاله في النفقة تغليباً لحكم الرق.

والثاني: أن أصول الشرع في تبعيض أحكام الحرية والرق تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما غلب فيه حكم الرق على الحرية. وهو الجدود والميراث والطلاق. وأعداد المنكوحات وزكاة المال، وسقوط فرض الحج والجمعة. فيجري عليه فيها أحكام من رق جميعه.

والثاني: ما تغلب فيه الحرية على الرق وذلك ستر العورة في الصلاة على أظهر الوجهين، وكالإطعام في الكفارة على ما سنذكره من الخلاف فيه.

والثالث: ما يتبعض حكمه بحسب الحرية والرق وذلك الكسب والنفقة وزكاة الفطر، وإذا اختلفت فيه أصول الشرع كانت نفقات الزوجات محتذية إلى أحد الأصول إلا بدليل. فلم يجز أن يرد إلى ما يغلب فيه حكم الحرية لأمرين:

أحدهما: قلة أحكامه وضعف شواهده.

والثاني: انعقاد الإجماع على خلافه، ولم يجز أن يرد إلى ما يتبعض حكمه لأمرين:

أحدهما: أنه من أحكام الزوجية وهي لا تتبعض فيما عدا النفقة فكذلك في النفقة.

والثاني: أن نفقة الزوجية لا تتبعض، لأنها لا تجب على زوجين فوجب ألا تتبعض باختلاف الحكمين، فلم يبق فيها من الأقوال إلا أن يغلب فيها حكم الرق مع كثرة أحكامه وقوة شواهده، فأما استشهاده بما نصّ عليه الشافعي في إطعامه في الكفار فقد اختلف أصحابنا في الجواب عن نصه على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه قال ذلك على مذهبه في القديم. أن العبد يملك إذا ملك فصار بالتمليك في حكم من عتق جميعه. فأما على قوله في الجديد إنه لا يملك إذا ملك فلا يكفر إلا بالصيام.

والثاني: أن السيد يحمل عنه الكفارة فلم يجز أن يكفر عنه إلا بالإطعام دون الصيام. لأن الصيام لا يصح فيه التحمل ويصح في الإطعام.

والثالث: أن يغلب فيه حكم الحرية على الأحوال، لأنه لما لم يجز أن يتبعض بخروجه عن المنصوص عليه في الكفارة ووجب رده إلى تغليب أحد الأمرين كان تغليب الحرية فيه أولى من تغليب الرق، لأن من فرضه الإطعام لا يجوز أن يكفر بالصيام، ويجوز لمن فرضه الصيام أن يكفر بالإطعام، وهذا يمنع من رد نفقات الزوجات إلى التبعيض ويوجب تغليب أحد الحكمين وهو بخلاف ما قاله المزني فلم يصح استشهاده به.

وأما استشهاده بزكاة الفطر في تبعيضها فيدفعه زكاة المال في تغليب الرق في إسقاطها، ثم الفرق بين زكاة الفطر ونفقة الزوجة أن زكاة الفطر تتبعض في التزام الشركاء لها، ونفقة الزوجية لا تتبعض لاستحالة أن يتحملها زوجان مشتركان، وأما استشهاده بأنه يتبعض في ميراث ماله، فالجواب عنه أن الشافعي لم يختلف قوله إنه لا يرث واختلف قوله هل يورث على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك إنه لا يورث لم يرث، ويكون جميع ماله لسيده تغليباً لحكم الرق فعلى هذا يسقط الاستشهاد به.

والثاني: وهو قوله في الجديد أنه يورث بقدر حريته وإن لم يرث بها، لأنه ليس يمتنع أن يورث من لا يرث، لأن الجنين إذا سقط ميتاً بجناية كان موروثاً ولم يكن وارثاً، ثم لا دليل فيه على تبعيض نفقة الزوجة، لأن الميراث يتبعض ونفقة الزوجة لا تتبعض والله أعلم.

بَابُ الرَّجُلِ لَا يَجِد نَفَقَةً مِنْ كِتَابَيْنِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لَمَّا دَلَّ الكِتَابُ وَالسُّنَّةُ عَلَى أَنَّ حَقَّ المَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَعُولَهَا احْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا وَيَمْنَعَهَا حَقَّهَا وَلَا يُخَلِّيَهَا تَتَزَوَّجَ مَنْ يُغْنِيهَا وَأَنْ تخير بين مَقَامِهَا مَعَهُ وَفِرَاقِهِ وَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى أُمَرَاءِ الأَجْنَادِ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ يَأْمُرُهُمْ أَنْ يَأْخُذُوهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا حَبَسُوا وَهَذَا يُشْبِهُ مَا وَصَفْتُ. وَسُئِلَ ابْنُ المُسَيَّبِ عَنِ الرَّجُلِ لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ قَالَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا قِيلَ لَهُ فَسُنَّةٌ؟ قَالَ سُنَّةٌ وَالَّذِي يُشْبِهُ قَوْلُ ابْنِ المُسَيَّبِ سُنَّةٌ أَنْ يَكُونَ سُنَّة رَسُول اللَّهِ ﷺ».

قال الماوردي: أما إعسار الزوج بنفقة الموسر وهي مدان وقدرته على نفقة المعسر وهي مد فلا يوجب للزوجة خياراً وإن كانت من ذوي الأقدار، وهذا مجمع عليه، وأما إعساره بنفقة المعسر وهي مد حتى عجز عنه ولم يقدر عليه فقد اختلف فيه هل تستحق به الزوجة خيار الفسخ أم لا. فذهب الشافعي إلى أن لها الخيار بين مقامها معه على إعساره لتكون النفقة ديناً لها عليه ترجع بها إذا أيسر وبين فسخ نكاحه عند الحاكم، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة رضوان الله عليهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح.

ومن الفقهاء حماد بن أبي سليمان وربيعة بن عبد الرحمن ومالك بن أنس، وأحمد، وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا خيار لها وعليها الإنظار إلى وقت يساره، وبه قال من التابعين: الزهري، وعطاء بن يسار، ومن الفقهاء الكوفيين ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو يوسف ومحمد. استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فكان على عمومه في وجوب إنظار كل معسر بحق، وبقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، فندب الفقراء إلى النكاح فلم يصح أن يندب إليه من يستحق عليه فسخه، ولأن الصداق بعد الدخول أوكد لتقدمه وقوته ثم لم تستحق به الفسخ فلأن لا تستحق الفسخ بالنفقة التي هي أضعف أولى.

وتحريره: أنه مال وجب بحق الزوجية فوجب أن لا تملك به الفسخ كالصداق، ولأن مد اليسار إذا أعسر به الموسر لم يوجب الخيار كذلك مد المعسر إذا أعسر به لم تستحق به الخيار، ولأنها تستحق النفقة لنفسها ولخدامها ثم ثبت أنه لا خيار لها في الإعسار بنفقة خادمها فكذلك لا خيار لها في الإعسار بنفقة نفسها ولأن النفقة في مقابلة التمكين، ثم أنه لو أعوز التمكين منها بالنشوز لم يستحق الزوج به خيار الفسخ، كذلك إذا أعوزت النفقة من جهته بالإعسار لم تستحق الزوجة به خيار الفسخ ولأن للنفقة حالتين: ماضية، ومستقبلة.

والماضية دين لا تستحق به الفسخ.

والمستقبلة لم تجب فتستحق بها الفسخ، فلم يبق سبب يستحق به الفسخ.

ودليلنا الكتاب والسنة والعبرة، قال الله عز وجل: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإذا عجز عن إمساك بمعروف وجب عليه التسريح بإحسان، ولأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر، وقال عز وجل: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾ [البقرة: ٢٣١] وزوجة المعسر مستضرة فلم يكن له إمساكها.

والسنّة ما روى حماد بن سلمة عن عاصم ابن أبي النجود عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل عمن أعسر بنفقة امرأته فقال يفرق بينهما[١] وهذا نص.

وروى أبو الزبير قال سئل سعيد بن المسيب عن رجل أعسر بنفقة زوجته فقال يفرق بينه وبينها قيل سنة قال سنة[٢].

قال الشافعي: وقول الراوي سنة يقتضي سنة رسول الله ﷺ فصار كروايته عنه فإن قيل فهو مرسل لأن سعيداً تابعي قيل: عضده رواية أبي هريرة، وانعقاد الإجماع عليه خرج عن حكم المراسيل، والإجماع أنه قول عمر وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم وكتب به عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن ينفقوا أو يطلقوا وليس لهم مع انتشار قولهم في الصحابة مخالف فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه.

والعبرة: أنه حق مقصود لكل نكاح فوجب أن يستحق الفسخ بإعوازه كالاستمتاع من المجبوب والعنين، والاستدلال بهذا الأصل من طريق الأولى من وجهين ذكر الشافعي أحدهما وذكر أصحابنا الآخر، فالذي ذكره الشافعي أن البدن يقوم بترك الجماع ولا يقوم بترك الغذاء فلما ثبت الخيار بفوات الجماع كان ثبوته بفوات النفقة

(١) أخرجه البيهقي في خلافياته انظر خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٥٤).

(٢) أخرجه الشافعي (١٧٢٣) وإسناد صحيح انظر التلخيص (٤/ ٨ ـ ٩) وخلاصة البدر (٢/ ٢٥٥).

أولى، والذي ذكره أصحابنا أن الاستمتاع في الجماع مشترك بينهما والنفقة مختصة بها، فلما ثبت الخيار في الحق المشترك كان ثبوته في المختص أولى، فإن قيل إنما ثبت لها الخيار في الاستمتاع لأنها لا تقدر على مثله من غيره ولم يثبت لها في النفقة لأنها تقدر على مثلها من غيره، قلنا: نفقة الزوجية لا تقدر عليها من غيره فاستويا.

وقياس ثان: لأنه معسر بما يكون من نفقة ملكة فوجب أن يبطل حقه من التمسك به كالمعسر بنفقة عبده، فإن قالوا: إنما أزيل ملكه عن عبده إذا أعسر بنفقته، لأنها لا تثبت في ذمة السيد ونفقة الزوجة تثبت في ذمة الزوج فلم يزل ملكه عنها، قيل: أزيل الملك لإعوازها في الحال وإن النفس لا تثبت على فقدها فاستويا في الحال وإن اختلفا في ثاني حال فوجب أن يستويا في حكم الإزالة لاشتراكهما في معناها وإن اختلفا فيما سواها، فإن قالوا: إنما أزيل ملكه عن عبده، لأنه لا يفضي إلى استهلاك ملكه لوصوله إلى ثمنه، ولم يجز أن يزال ملكه عن زوجته لما فيه من استهلاك ملك لا يصل إلى بدله، قيل: لأن العبد مال فجاز أن يرجع في الإزالة إلى بدل وليست الزوجة مالاً يرجع في إزالته إلى بدل فافترقا في البدل من جهة المال المفترقين فيه واستويا في الإزالة لاشتراكهما في معناها.

وقياس ثالث أنه مبدل في معاوضة أعوز الوصول إلى بدله فجاز أن يستحق خيار فسخه كالمبيع قبل القبض إذا أعسر مشتريه بثمنه.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فنظرة إلى ميسرة﴾ فهو أنه عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة وهي لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها، وإنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة فلم تتوجه إليها الآية.

وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾، فالجواب عنه أن الأمر في الآية توجه من الفقراء إلى من يقدر على نفقة الفقير ولم يتوجه إلى من عجز عنها، بل جاءت السنّة بنهيه عنها، وهو قول النبي ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء»، وما استدلوا به من الصداق غير مسلم على ما سنذكره من شرح المذهب فيه، وما استدلوا به من إعسار الموسر بمد اليسار وقدرته على مد الأعسار، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن مد اليسار يسقط بإعساره فلم تملك الفسخ بما لا تستحقه، ومد الإعسار لا يسقط عنه بإعساره فجاز أن تفسخ بما تستحقه.

والثاني: أنه قد يقوم بدنها إذا عدم مد اليسار بما بقي من مد الإعسار، ولا قوام لبدنها وإذا تعذر مد الإعسار فافترقا، وبمثله يجاب عن إعساره بنفقة خادمها، ولأن نفقة الخادم تابعة وليست عامة الاستحقاق فخالفت حكم ما كان متبوعاً من

الاستحقاق، وما استدلوا به من النشوز دليل عليهم، لأن النشوز لما سقط ما في مقابلته من النفقة وجب أن يكون أعواز النفقة يسقط ما في مقابلته من الاستمتاع، وأما استدلالهم أنها لا تفسخ بالماضي ولا بالمستقبل فصحيح والفسخ إنما هو بحال وقتها دون ما مضى وما يستقبل.

فصل: فإذا ثبت أن لها الفسخ إذا أعسر بنفقتها فلا فرق بين أن يعسر بالمد كله أو يعسر ببعضه حتى لو قدر على تسعة أعشاره وعجز عن عشرة كان لها الفسخ، لأنه إعسار بمستحق في النفقة فإن أعسر بمد من حنطة وقدر على مد من شعير، نظر، فإن كانت في بلد يقتات فقراؤه الشعير لم تفسخ، سواء جرت عادتها باقتيات الشعير أم لا، وإن كانت في بلد لا يقتات فقراؤه الشعير كان لها الفسخ، فإن قدر على قوتها وأعسر بأدمها. نظر، فإن كان قوتاً اينساغ للفقراء أكله على الدوام بغير أدم لم تفسخ، وإن كان لا ينساغ أكله على الدوام إلا بأدم فسخت، فإن قدر على قوتها وأعسر بكسوتها فسخت، لأنه لا يقوم بدنها إلا بكسوة تقيها من الحر والبرد.

[القول في الامتناع عن النفقة مع اليسار]

فصل: فإذا امتنع من النفقة عليها مع يسار لم يفسخ، وباع الحاكم عليه من ماله ما يصرفه في نفقتها، فإن لم يجد لـه مالاً حبسـه حتى ينفق عليها كما يحبس من مطل بدين يقدر على أدائه ولو كان غائباً مفقوداً ولم يوجد له مال يصرف في نفقتها ففي استحقاقها لفسخ نكاحه بإعواز النفقة وجهان:

أحدهما: لها الفسخ لتعذر النفقة عليها.

والقول الثاني: وهو قول الأكثرين لا فسخ لها لوقوع الفرق بين مطل الموسر وإعواز المعسر والله أعلم.

[القول في وقت استحقاق النفقة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَجَدَ نَفَقَتَهَا يَوْماً بِيَوْمٍ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه ليس يجب لها في اليوم أكثر من نفقتها، فإذا أعطاها أياماً من كسب لم يجد فيه سواها فلا خيار لها، وليس لها المطالبة بنفقة غده فلم يكن لها الخيار بعدمه، ولو جاز لها المطالبة بنفقة الغد لجاز لها المطالبة بنفقة شهرها وسنتها، وهذا شطط لا يستحق، والوقت الذي تستحق فيه نفقة يومها هو أول أوقات التصرف فيه، لأنها إن طالبته مع طلوع فجره خرجت عن العرف، وإن أخرها

إلى غروب شمسه أضر بها، فلو كان لا يجد في أول اليوم إلا نفقة الغداء وفي أخره إلا نفقة العشاء ففي خيارها وجهان:

أحدهما: لا تستحقه لوصولها إلى الكفاية في وقتها.

والوجه الثاني: تستحق الخيار لأن نفقة اليوم لا تتبعض ولو تبعضت لجاز أن يعطيها كسراً أو لقماً، فلو وجد نفقة يوم وعدم نفقة يوم، كأن وجد في كل يومين نفقة يوم كان لها الخيار لأنه عادم بعض نفقتها.

[القول في المدة التي يؤجل فيها الزوج للإعسار]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَمْ يُؤَجَّلْ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ».

قال الماوردي: لا يخلو حال من أعوزته النفقة من ثمانية أقسام:

أحدها: أن يكون لشروعه في عمل لم يستكمله ويقدر بعد استكماله على النفقة كالنساج الذي ينسج في كل أسبوع ثوباً فإذا نسجه كانت أجرته نفقة أسبوعه فلا خيار لزوجة هذا؛ لأنه في حكم الواجد لنفقتها، وإن تأخرت، وينفق من الاستدانة لإمكان القضاء.

والقسم الثاني: أن يكون لتعذر العمل كالصناع بأبدانهم من نجار وبناء وحمال إذا عمل في يومه كسب قدر نفقته فيعذر عليه من يستعمله في صنعته، فينظر، فإن كان تعذره عليه نادر لم يكن لزوجته خيار، وإن كان غالباً فلها الخيار.

والقسم الثالث: يكون لعجز عن التصرف كالصانع إذا مرض فلم يقدر على العمل، فينظر في مرضه، فإن كان مرجو الزوال بعد يوم أو يومين فلا خيار لها، وإن كان بعيد الزوال فلها الخيار.

والقسم الرابع: أن يكون لدين له على غريم لا يملك سواه وقد ألظ به الغريم ومطله فينظر في الغريم، فإنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون معسراً فالدين عليه تائه ومالكه معدم، فيكون لزوجته الخيار.

والحال الثانية: أن يكون على موسر حاضر فمالك الدين موسر به ولا خيار لزوجته ويحبس الغريم حتى يؤدي دينه، وتكون الزوجة في حكم من زوجها موسر وقد منعها النفقة فيسقط الخيار ويحبس زوجها على نفقتها، ذلك هاهنا يسقط الخيار ويحبس الغريم دون الزوج.

والحال الثالثة: أن يكون الدين على موسر غائب ففي خيارها وجهان من اختلاف أصحابنا في زوجة الموسر الغائب.

والقسم الخامس: أن يكون له مال هو غائب عنه ينتظر قدومه عليه لينفق منه، فينظر في غيبة المال، فإن كان على مسافة قريبة لا تقصر في مثلها الصلاة فلا خيار لها، لأن ماله في حكم الحاضر ويؤخذ بتعجيل نقله، وإن كان بعيد المسافة على أكثر من يوم وليلة فهو في حكم التائه ومالكه كالمعدم فيكون لها الخيار.

والقسم السادس: أن يكون مالكاً لمال حاضر قد استحق عليه في ديونه فلا خيار لها قبل قضاء الديون، لأن له أن ينفق منه قبل قضاء الديون، والمستحق في قضائه ما فضل عن قوت يومه وليلته، فإذا قضى دينه صار بعد يومه معسراً.

والقسم السابع: أن يعجز عن حلال الكسب ويقدر على محظوره. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون أعياناً محرمة كأموال السرقة والتطفيف وأثمان الخمور والخنازير، فالواجد لها كالعادم لحظر تصرفه فيه فيكون لزوجته الخيار بالإعسار.

والضرب الثاني: أن يكون الفعل الموصل إليه محظوراً كصناع الملاهي المحظورة، لأنه مستعمل في محظور لا يستحق به ما سمي له من الأجرة، ولا بد أن يستحق لتفويت عمله أجراً فيصير به موسراً ولا يكون لزوجته خيار، وكذلك كسب المنجم. والكاهن قد يتوصل إليه بسبب محظور لكنه قد أعطى عنه عن طيب نفس المعطي فأجرى مجرى الهبة، وإن كان محظوراً السبب فساغ له إنفاقه وخرج به من حكم المعسرين وسقط به خيار زوجته.

والقسم الثامن: أن يكون عجزه عن النفقة لعدم لا يقدر على النفقة من ملك ولا كسب فهذا هو المعسر على الإطلاق وهو الذي تستحق زوجته الخيار.

فصل: فإذا ثبت بما ذكرنا استحقاقها للخيار بالإعسار ففيه قولان:

أحدهما: أنها تستحقه على الفور في يومها من غير إنظار ولا تأجيل وبه قال في القديم، لأنه خيار فسخ بعيب فأشبه الفسخ بسائر العيوب، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع المستحق على الفور فكان ما في مقابلته من فسخ الإعسار مستحقاً على الفور.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد انه يؤجل ثلاثاً لا يزاد عليها ولا تفسخ الزوجة قبل مضيها لأمرين:

أحدهما: أن في إرهاقه على تعجيل الفسخ إدخال ضرر عليه فأمهل من الزمان أكثر قليله وهو ثلاث ليزول بها الضرر عن الزوجين.

والثاني: أن المال المستحق بالنكاح موضوع على المياسرة والمساهلة لصحة العقد بغير مهر فلم يجز أن يعدل به عن موضوعه في المياسرة إلى إرهاق بتعجيل الفسخ، وإن نظر من الزمان بما يخرج به عن حد الإرهاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تُمْنَعُ المَرْأَةُ فِي ثَلاَثٍ مِنْ أَنْ تَخْرُجَ فَتَعْمَلَ أَوْ تَسْأَلَ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ نَفَقَتَهَا خُيِّرَتْ كَمَا وَصَفْتُ فِي هَذَا القَوْلِ».

قال الماوردي: إذا أمهلت الزوجة بالفسخ ثلاثاً كان لها الخروج من منزلها لتكتسب نفقتها بعمل أو مسألة ولم يكن للزوج منعها مع تعذر النفقة عليه، لأنه لا قوام لبدنها إلا بما يقوتها، فلو وجدت من المال ما تنفقه وأمرها بالمقام للإنفاق منه لم يلزمها وجاز لها الخروج لتكسب، لأنه لما تعذر عليها اكتساب النفقة من الزوج جاز لها أن تكتسبها بعمل من غير زوج فلو قدرت على اكتساب النفقة في منزلها بغزل أو خياطة فأرادت الخروج للتكسب بعمل في غير منزلها كان ذلك لها لأنه لا يستحق الحجر عليها في أنواع الكسب، هذا في النهار فأما الليل فعليها أن ترجع فيه إلى منزل الزوج لأنه زمان الإيواء دون العمل والاكتساب فإن أراد الاستمتاع بها في زمان الإنظار استحقه ليلاً؛ لأنه زمان الدعة، ولم يستحقه نهاراً لأنه زمان الاكتساب، فإن امتنعت عليه في النهار لم يجر عليها حكم النشوز، وكانت على حقها من استحقاق النفقة، وإن امتنعت عليه في الليل صارت ناشزاً ولا نفقة لها، وهكذا حكمها إذا رضيت بالمقام معه على إعساره مكنها من الاكتساب نهاراً واستمتع بها ليلاً وكانت النفقة ديناً عليه يؤخذ بها بعد إيساره، فإن قيل فهل إذا سقط حقه من الاستمتاع بها نهاراً أن تسقط عنه نفقتها كما تسقط نفقتها لو كانت أمة فاستخدمها بالنهار سيدها، قيل: لأن منع الأمة من جهتها فجاز أن تسقط به نفقتها ومنع المعسر من جهته فلم تسقط به نفقتها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَجَدَ نَفَقَتَهَا وَلَمْ يَجِدْ نَفَقَةَ خَادِمِهَا لَمْ تُخَيَّرْ لأَنَّهَا تَمَاسَكُ بِنَفَقَتِهَا وَكَانَتْ نَفَقَةَ خَادِمِهَا دَيْناً عَلَيْهِ مَتَى أَيْسَرَ أَخَذَتْهُ بِهِ».

قال الماوردي: أما نفقة الخادم فمستحقه لمن يخدم مثلها وغير مستحقه لمن لا يخدم مثلها فلم تكن من حقوق كل زوجة، وخالفت النفقة والكسوة المستحقة لكل زوجة فإذا أعسر الزوج بنفقة خادمها ومثلها يخدم لم تستحق به الخيار لأمرين:

أحدهما: أنها تبع غير مقصود، فخالفت في الفسخ حكم المتبوع المقصود.

والثاني: أن الخدمة مستحقة للدعة والترفيه ويمكن تحمله ويقوم البدن بتحمله فجرى مجرى المد الثاني من المستحق باليسار ولا يستحق في الإعسار به خيار، ونفقة نفسها لا يقوم البدن بعدمها كمد الإعسار الذي تستحق به الخيار فلذلك افترق حكم الإعسار بنفقتها دون نفقة خادمها، وإذا كان كذلك كانت نفقة خادمها ديناً عليه سواء خدمت نفسها أو استأجرت خادماً أو أنفقت على خادم لها فإن كان الخادم مملوكاً رجعت على الزوج بنفقته وإن كان حراً رجعت عليه بأجرته فإن باشرت هي الخدمة رجعت عليه بأقل الأمرين فإن خدمها للزوج في مدة إعساره بنفقة خادمها ففي رجوعها عليه بنفقته وجهان: مخرجان من اختلاف وجهي أصحابنا هل للزوج أن يسقط بخدمته لها نفقة خادمها أم لا.

[القول في الإعسار بالصداق]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ قَالَ هَذَا لَزِمَهُ عِنْدِي إِذَا لَمْ يَجِدْ صَدَاقَهَا أَنْ يُخَيِّرَهَا لأَنَّهُ شَبِيهٌ بِنَفَقَتِهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَالَ وَلَوْ أَعْسَرَ بِالصَّدَاقِ وَلَمْ يُعْسِرْ بِالنَّفَقَةِ فَاخْتَارَت الْمُقَامَ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِرَاقهُ لأَنَّهُ لاَ ضَرَرَ عَلَى بَدَنِهَا إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا فِي اسْتِئْخَارِ صَدَاقِهَا (قال المزني) فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنْ لاَ خِيَارَ لَهَا فِيهِ كَالنَّفَقَةِ».

قال الماوردي: اعلم أن للشافعي في إعسار الزوج بصداق زوجته كلاماً محتملاً قاله هاهنا وفي الإملاء اختلف أصحابه لأجله اختلافاً منتشراً جملته أن يتخرج في إعساره بصداقها ثلاثة أقاويل:

أحدها: لها الخيار في إعساره بصداقها قبل الدخول وبعده كالنفقة وهو الظاهر من كلام الشافعي في هذا الموضع لأن الصداق أقوى المقصودين لاستحقاقه بالعقد فإذا ثبت لها الخيار في أضعفهما كان ثبوته في الأقوى أحق.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني لا خيار لها قبل الدخول وبعده لمخالفة الصداق النفقة من وجهين:

أحدهما: أن يضعها بعد الدخول مستهلك فصار كاستهلاك المبيع في الفلس لا خيار فيه للبائع، وقبل الدخول يسقط صداقها بالفسخ من غير بدل فلم يكن الفسخ فيه إلا ضرراً.

والثاني: أنه لا يدخل عليها بتأخر الصداق عنها ضرر في بدنها ويقوم بدنها

بتأخيره وفقد النفقة لا يقوم معه بدن ولا يمكن معه صبر فافترقا في الخيار من هذين الوجهين.

والقول الثالث: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة وأكثر أصحابنا أن لها الخيار قبل الدخول ولا خيار لها بعده لأمرين:

أحدهما: أن بضعها بعد الدخول مستهلك فسقط خيارها كما يسقط خيار البائع بتلف المبيع في يد المفلس، وهو قبل الدخول غير مستهلك فثبت لها الخيار كما يثبت للبائع مع بقاء المبيع.

والثاني: أنه لما كان لها الامتناع من تسليم نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها ولم يكن لها الامتناع بعد الدخول كانت يدها فيه قبل الدخول أقوى فثبت لها الخيار في الإعسار وبعد الدخول أضعف فسقط خيارها في الأعسار.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من توجيه الأقاويل الثلاثة، فإن قيل لا خيار لها قبل الدخول وبعده كان ديناً في ذمته ترجع به متى أيسر، وتنظره به ما أعسر، والقول في المعسرة به قوله مع يمينه، وإن قيل لها الخيار كان خيارها على الفور بعد التنازع فيه إلى الحاكم، لأن الفسخ به لا يثبت إلا عند حاكم، فإن أمسكت عن محاكمته بعد العلم بإعساره نظر. فإن كان إمساكها قبل المطالبة بالصداق كانت على حقها من الخيار عند محاكمته، لأنه قد يجوز أن يوسر به عند مطالبته، وإن كان إمساكها بعد المطالبة به سقط خيارها، وكان الإمساك عن محاكمته رضا بإعساره، ولو حاكمته وعرض عليها الحاكم الفسخ وخيرها فيه فاختارت المقام معه سقط خيارها، فإن عادت تحاكمه وتطلب فسخ نكاحه فلا خيار لها، لأنه إن كانت المحاكمة الأولى بعد الدخول لاستوى إعساره في الحالين، فسقط حكم الخيار فيه مع الرضا به كالخيار في جميع العيوب، وإن كانت المحاكمة الأولى والرضا فيها بالمقام قبل الدخول والمحاكمة الثانية بعد الدخول ففي استحقاقها للخيار وجهان:

أحدهما: لا خيار لها كما لو كانت المحاكمتان بعد الدخول.

والوجه الثاني: لها الخيار في محاكمته بعد الأولى وإن رضيت بإعساره قبل الدخول، لأن ملكها قبل الدخول قد كان مستقراً على نصفه وبعد الدخول على جميعه، فصار إعساره بعد الدخول بحق لم يكن مستقراً قبل الدخول فجاز أن تستجدّ به خياراً لم يكن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اخْتَارَتِ المَقَامَ مَعَهُ فَمَتَى شَاءَتْ أَجَّل أَيْضاً لأَنَّ ذَلِكَ عَفْوٌ عَمَّا مَضَى».

قال الماوردي: إذا خيرت الزوجة في إعساره بنفقتها فاختارت المقام رضاً بعسرته ثم عادت تحاكمه تلتمس الخيار والفسخ كان ذلك لها في النفقة وإن لم يكن ذلك لها في الصداق، والفرق بينهما أن الصداق يجب دفعه واحدة، فإذا تقدم عفوها سقط خيارها، والنفقة يتكرر وجوبها في كل يوم فإذا تقدم عفوها كان عفوها عما تقدم استحقاقه ولم يصح العفو عما تأخر استحقاقه فصار ما طالبت بالفسخ فيه غير ما رضيت بالمقام عليه فثبت لها الخيار فيه، ولم يكن لما تقدمه من العفو تأثير لتقدمه على الوجوب كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل الشراء والورثة إذا جازوا الوصايا قبل الوفاة والأمة إذا رضيت برق زوجها قبل عتقها لم يكن لذلك كله تأثير لوجوده قبل الوجوب، ولكن لو عفت في يوم ثم عادت تطالب فيه بالتخيير لم يمكن ذلك لها لسقوط حقها فيه بعفوها، فإن عادت من غده خيرت والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ عَلِمَتْ عُسْرَتَهُ لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُوسِرَ وَيَتَطَوَّعُ عَنْهُ بِالغُرْمِ».

قال الماوردي: إذا تزوجته عالمة بعسرته ثم طلبت الفسخ بعد نكاحه لإعساره بالصداق أو النفقة خيرت فيهما ولم يسقط حقها بالعلم المتقدم. لأمرين:

أحدهما: أنه من العيوب المظنونة دون المتحققة.

والثاني: أنه مما يجوز أن يزول بعد وجوده، وقد فرق الشافعي بين العيوب المظنونة والمتيقنة وبين ما يجوز أن يزول ولا يزول ألا تراها لو تزوجته بعد العلم بعنته لم يسقط خيارها، لأن العنة مظنونة ولا يجوز أن تزول بعد وجودها، ولو تزوجته عالمة بأنه مجبوب لم يكن لها خيار، لأن الجب متيقن ولا يزول بعد وجوده.

[امتناع الزوجة عن تسليم نفسها عند الإعسار بالصداق]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَهَا أَنْ لاَ تَدْخُلَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْسَرَ بِصَدَاقِهَا حَتَّى تَقْبِضَهُ وَاحْتَجَّ عَلَى مُخَالِفِهِ فَقَالَ إِذَا خَيَّرْتَهَا فِي العِنِّينِ يُؤَجَّلُ سَنَةً وَرَضِيَتْ مِنْهُ بِجِمَاعِ مَرَّةً فَإِنَّمَا هُوَ فَقْدُ لَذَّةٍ وَلاَ صَبْرَ لَهَا عَلَى فَقْدِ النَّفَقَةِ فَكَيْفَ أَقْرَرْتَهَا مَعَهُ فِي أَعْظَمِ الضَّرَرَيْنِ وَفَرَّقْتَ بَيْنَهُمَا فِي أَصْغَرِ الضَّرَرَيْنِ».

قال الماوردي: وهذه مسألة قد مضت في كتاب الصداق ولامتناعه من دفع صداقها حالتان:

أحداهما: أن يكون بعد تسليم نفسها.

والثاني: قبله، فإن امتنع من دفعه بعد تسليم نفسها إليه فليس لها الامتناع عليه، ثم ينظر في حاله، فإن كان موسراً به أخذ جبراً بدفعه وحبس به إن مطل وإن كان معسراً به ففي استحقاقها لفسخ نكاحه قولان، وإن كان ذلك قبل تسليم نفسها، فإن كان معسراً به فلها خيار الفسخ، فإن رضيت بعسرته كان لها الامتناع من تسليم نفسها مع العسرة إلى أن تقبض الصداق، ولا يكون رضاها بالعسرة سقطاً لحقها من الامتناع، ولهذا المعنى أعاد الشافعي ذكرها في هذا الكتاب لئلا يستهلك بعضها بغير بدل، وإن كان موسراً لم يفسخ ويؤخذ جبراً بدفعه، ولها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبضه، فإن تمانعا وقال الزوج: لا أدفع الصداق إلا بعد التسليم وقالت: لا أسلم نفسي إلا بعد القبض كتمانع المتبايعين في تسليم المبيع وقبض الثمن، ففيه قولان، وإن كان في تمانع المتبايعين أربعة أقاويل، **أحدالقولين**: إنه يقطع التخاصم بينهما ويقول لكل واحد منكما حق في الامتناع فإن سلمت أيتها الزوجة نفسك أجبر الزوج على دفع صداقك، وإن بدأ الزوج بدفع الصداق أجبرت الزوجة على تسليم نفسها.

والقول الثاني: إن الحاكم يجبر الزوج على تسليم الصداق إلى عدل يكون أميناً لهما فإذا يحصل الصداق عنده أجبر الزوجة على تسليم نفسها إلى الزوج، فإذا سلمت نفسها إليه دفع الأمين الصداق إليها والله أعلم بالصواب.

[نَفَقَةُ الَّتِي لَا يَمْلِكُ زَوْجُهَا رَجْعَتَهَا وَغَيْرُ ذَلِكَ]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فَلَمَّا أَوْجَبَ اللَّهُ لَهَا نَفَقَةً بِالحَمْلِ دَلَّ عَلَى أَنَّ لَا نَفَقَةَ لَهَا بِخِلَافِ الحَمْلِ وَلَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّ الَّتِي يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فِي مَعَانِي الأَزْوَاجِ فِي أَنَّ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا وَسُكْنَاهَا وَأَنَّ طَلَاقَهُ وَإِيلَاءَهُ وَظِهَارَهُ وَلِعَانَهُ يَقَعُ عَلَيْهَا وَأَنَّهَا تَرِثُهُ وَيَرِثُهَا فَكَانَتْ الآيَةُ عَلَى غَيْرِهَا مِنَ المُطَلَّقَاتِ وَهِيَ الَّتِي لَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا وَبِذَلِكَ جَاءَتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ بَتَّ زَوْجُهَا طَلَاقَهَا فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ» وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ «نَفَقَةُ المُطَلَّقَةِ مَا لَمْ تَحْرُمْ» وَعَنْ عَطَاءٍ لَيْسَتِ المَبْتُوتَةُ الحُبْلَى مِنْهُ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ الحَبْلِ فَإِنْ كَانَتْ غَيْر حُبْلَى فَلَا نَفَقَةَ لَهَا».

قال الماوردي: للمطلقة حالتان: رجعية ومبتوتة.

فأما الرجعية فلها السكنى، والنفقة إلى انقضاء عدتها حاملاً كانت أو حائلاً، وهذا إجماع.

وأما المبتوتة إما بالخلع أو بالطلاق الثلاث، فإن كانت حاملاً فلها السكنى والنفقة لقوله تعالى ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا علين حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] وإن كانت حائلاً فقد اختلف الفقهاء في وجوب السكنى والنفقة لها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أحمد بن حنبل لا سكنى لها ولا نفقة.

والثاني: هو مذهب أبي حنيفة أن لها السكنى والنفقة.

وبه قال من الصحابة عمر وابن مسعود رضي الله عنهما.

والثالث: وهو مذهب الشافعي لها السكنى وليس لها النفقة، وبه قال من الصحابة ابن عباس، ومن الفقهاء مالك والأوزاعي وابن أبي ليلى.

فأما وجوب السكنى فقد مضى الكلام فيه مع أحمد في كتاب العدد.

وأما النفقة فاستدل أبو حنيفة على وجوب النفقة لها بقوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وفي الامتناع من النفقة ضرار قد نهى عنه فدل على وجوبها لها.

وروى حماد بن أبي سليمان عن النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما بلغه أن فاطمة بنت قيس قالت: ما جعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، قال عمر: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لعلمها غلطت أو نسيت سمعت النبي ﷺ يقول: «لها السكنى والنفقة»[1] وهذا نصّ.

قالوا: ولأنها معتدة عن طلاق فوجب أن تكون لها النفقة كالرجعية، قالوا: ولأنها محبوسة عن الأزواج لحقّه فوجب أن تكون لها النفقة كالزوجة، قالوا: ولأنه حق يتكرر وجوبه في حال الزوجية فوجب أن لا يسقط بالبينونة كالسكنى.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُوْلاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فجعل نفقة المبتوتة مشروطة بالحمل، فدل على سقوطها بعدم الحمل وروي أن فاطمة بنت قيس أبت زوجها طلاقاً فأتاها وكيله بشعير فسخطته وأتت النبي ﷺ تسأله عن نفقتها فقال: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً»[2].

(١) انظر فتح الباري (٩/ ٤٨١، ٣/ ٦٨).

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤) (٣٧) (١٤٨٠) والطحاوي في المعاني (٣/ ٦٨) وعبد الرزاق (١٢٠٢٥) وأبو داود (٢٢٩٠) والدارقطني (٤/ ٢٢) والبيهقي (٧/ ٤٧٢) وانظر نصب الراية (٣/ ٢٧٥).

وروي أنه قال لها: «إنما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها»[1]. ولأنها زوجية زالت فوجب أن تسقط النفقة بزوالها كالوفاة، ولأنه بائن فوجب أن تسقط نفقتها كغير المدخول بها، ولأن النفقة في مقابلة التمكين فإذا زال التمكين سقطت النفقة، ولأنه يملك الاستمتاع بزوجته كما يملك رق أمته، فلما سقطت نفقة الأمة بزوال ملكه عن رقها وجب أن تسقط نفقة الزوجة بزوال ملكه عن الاستمتاع بها.

فأما عن الجواب عن الآية فهو وروده في السكنى بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾. وآخر الآية في النفقة دليلنا لاشتراط الحمل في وجوبها وأثر عمر فمنقطع، لأن راويه النخعي ولم يلحق عمر رضي الله عنه، وإن اتصل لكان حديث فاطمة بنت قيس أولى منه، لأن الخبر فيها وارد فكانت بما تضمنه أخبر كما أخذ الفقهاء في التقاء الختانين بحديث عائشة وقولها: «فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا»، ولو استدل بالحمل على أن طلاقها رجعي فأوجب لها النفقة والسكنى بحديث عمر رضي الله عنه فلما علم أنه بائن أسقط نفقتها وأوجب سكناها بحديث فاطمة كما أقطع الأبيض بن حمال ملح مآب، فلما قيل له أنه كالماء العد قال: «فلا إذن»، وقياسهم على الرجعية فالمعنى فيها رجعتها، والبائن في حكم الأجنبيات لعدم التوارث وسقوط أحكام الزوجية بينهما وأنها محرمة لا يقدر على الاستمتاع بها، وبمثله يجاب عن قياسهم على الزوجة، وتعليلهم بأنها محبوسة عن الأزواج لحقه يفسد بالمتوفى عنها زوجها وبالموطوئة بالشبهة، وقياسهم على السكنى فالمعنى فيه وجوب السكنى لتحصين مائة وذلك يستوي في حال الزوجية وبعدها، والنفقة لأجل التمكين وذلك في حال الزوجية فخالف لما بعدها.. والله أعلم.

[النفقة في حال الفسخ]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ مَا وَصَفْتُ مِنْ مُتْعَةٍ أَوْ نَفَقَةٍ أَوْ سُكْنَى فَلَيْسَتْ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ فَأَمَّا كُلُّ نِكَاحٍ كَانَ مَفْسُوخاً فَلَا نَفَقَةَ حَامِلاً أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ».

قال الماوردي: النكاح ضربان: صحيح، وفاسد.

وصحيح يرتفع بثلاثة أنواع: طلاق ووفاة وفسخ.

---

(١) أخرجه النسائي (٦/ ١٤٤) وأحمد (٦/ ٤٧٣، ٤١٧) وابن سعد (٨/ ٢٠١).

فأما الطلاق فقد مضى الكلام في استحقاق النفقة والسكنى في الرجعي ووجوب السكنى دون النفقة في البائن، وأما المرتفع بالوفاة فيأتي.

وأما الفسخ فلا متعة فيه لأنها مستحقة بالطلاق وهو مفقود وتستحق به السكنى دون النفقة كالبائن. لأنه يستند إلى عقد صحيح وأما النكاح الفاسد كالمتعة والشغار، والنكاح بغير ولي ولا شهود أو في عدة أو إحرام، فإن لم يقترن به دخول فلا صداق فيه ولا متعة ولا سكنى ولا نفقة، وإن اقترن به دخول ففيه مهر المثل دون المسمى، ولا متعة فيه لعدم الطلاق، ولا تخلو الموطوءة فيه من أن تكون حائلاً أو حاملاً، فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة، لأنها لم تستحقها في حال الاجتماع فأولى أن لا تستحقها بعد الافتراق، وإن كانت حاملاً ففي وجوب السكنى والنفقة لها قولان مخرجان من اختلاف قوليه في نفقة الحامل هل وجبت لها أو لحملها؟ فإن قيل بوجوبها لها فلا نفقة لها؛ لأنها لم تستحق النفقة في حال التمكين فأولى أن لا تستحقها بعده، وإن قيل بوجوبها للحمل: كان لها النفقة وقيل في السكنى أيضاً تبع للنفقة، لأن حملها في اللحوق كحمل ذات النكاح الصحيح فكان له النفقة في الحالين والله أعلم.

[أحكام الحمل في النفقة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنَّ ادَّعَتِ الحَمْلَ فَفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ بِيَقِينِ حَتَّى تَلِدَ فَتُعْطَى نَفَقَةَ مَا مَضَى لَهَا، وَهَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِحَمْلٍ أَوْ كَانَ الوَارِثُ أَوِ المُوصَى لَهُ غَائِباً فَلَا يُعْطَى إِلَّا بِيَقِينٍ أَرَأَيْتَ لَوْ أَعْطَيْنَاهَا بِقَوْلِ النِّسَاءِ ثُمَّ أَنْفَسَ أَلَيْسَ قَدْ أَعْطَيْنَا مِنْ مَالِهِ مَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ، وَالقَوْلُ الثَّانِي أَنْ تُحْصِى مِنْ يَوْمِ فَارَقَهَا فَإِذَا قَالَ النِّسَاءُ بِهَا حَمْلٌ أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعْ وَلِمَا مَضَى (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي أَوْلَى بِقَوْلِهِ لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَوْجَبَ بِالحَمْلِ النَّفَقَةَ وَحَمْلُهَا قَبْلَ أَنْ تَضَعَ».

قال الماوردي: اعلم أن الأحكام المتعلقة بالحمل تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يعمل فيه على اليقين بالولادة ولا يعمل فيه على غلبة الظن قبل الوضع وذلك الميراث والوصية له أو به. فإذا بانت لما رأت وغلب وجوده في الظن كان حكم الميراث والوصية موقوفاً على أمره بعد وضعه.

والقسم الثاني: ما يعمل فيه على غلبة الظن ولا يوقف على اليقين بالولادة كقوله ﷺ «ألا لا توطأ حامل حتى تضع» وكقوله ﷺ في إبل الدية: «منها أربعون خلفة في بطونها أولادها».

والقسم الثالث: ما اختلف قول الشافعي فيه هل يعمل فيه على اليقين أو على غلبة الظن؟ على قولين وهو نفقة الحامل في عدتها.

أحد القولين: أن العمل فيها على اليقين وأن لا يدفع النفقة إليها إلا بعد الولادة كالميراث والوصية لجواز أن يكون ما ظن بها من الحمل غلطاً أو ريحاً فانفش ولا تستحق به نفقة ولا يجوز أن يبتدىء إيجاب حق بشك.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني وأكثر الصحابة، وهو الأظهر أن العمل فيه على غلبة الظن.

فإذا قال أربعة من نساء ثقات من القوابل إن بها حملاً حكمنا لها بالنفقة وإن جاز خلافه في الباطن كما قلنا في تحريم الوطء والرد بعيبه في البيع، ولأن الله تعالى أوجب لها النفقة في مدة الحمل والفرق بين النفقة حيث عمل فيها على غلبة الظن وبين الميراث والوصية حيث عمل فيهما على اليقين أن النفقة تستحق بالحمل حياً وميتاً فجاز أن يحكم به قبل الولادة، والميراث والوصية متعلقان بحياة فلم يتعلق إلا بعد الولادة. فإذا قيل بالأول إنه لا يعمل بالنفقة على اليقين وقف أمر الحامل حتى تضع، فإذا وضعت حياً أو ميتاً .تاماً أو ناقصاً أعطيت نفقة ما مضى لها إلى أن وضعت ولا تعطى النفقة في مدة نفاسها، لأنها تحل فيه لعقد الأزواج، وإذا قيل إنه يعمل فيه على غلبة الظن أعطيت نفقة يوم بيوم، فإن ولدت لمدة أربع سنين من وقت الطلاق تحقق استحقاقها لما أحدث وإن أنفش ما بها أو ولدت لأربع سنين فصاعداً اعلم أنها لم تستحق ما أحدث فيسترجع جميعه إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعياً استرجع ما زاد على نفقة ثلاثة أقراء على ما سنذكره.

[القول في نفقة الملاعنة]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ فَنَفَاهُ وَقَذَفَهَا لَاعَنَهَا وَلاَ نَفَقَةَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا نفى حمل زوجته ولاعن منها بعد قذفه صح لعانه من الحمل على القولين فيه. لأن نفيه تبع لرفع الفراش ولها السكنى في مدة العدة، لأنها فرقة عن نكاح صحيح.

ولا نفقة لها وإن كانت حاملاً لانتفاء حملها عنه باللعان فصارت كالحائل سواء قيل إن النفقة لحملها أولهـا' لأجل الحمل، فإن قيل: فإذا انقضت عدتها بوضعه كما لو كان لاحقاً به، فهلا وجبت لها النفقة كاللاحق؟ قيل: العدة تجب لاستبراء الرحم

والتعبد ولئلا يلحق بزوج غيره وهو أقوى ما يقع به الاستبراء، فاستوى في الاستبراء وانقضاء العدة به من يلحق ومن لا يلحق، والنفقة تجب للحمل لأنه مناسب والمنفي غير مناسب فلم تجب له ولا نفقة، فإن نفى حملها بعد أن أبانها بالخلع أو بالطلاق الثلاث، ففي جواز لعانه منها لنفي الحمل قولان، مضيا في كتاب اللعان.

أحدهما: يجوز له نفيه اعتباراً بغلبة الظن في نفيه ونفقته، فعلى هذا تسقط عنه النفقة إذا لاعن ورجع عليها بما أنفق.

والقول الثاني: لا يجوز أن يلاعن لنفيه حتى تضع اعتباراً باليقين في نفيه ونفقته فعلى هذا إذا وضعت لاعن وسقطت عنه النفقة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ حُدَّ وَلَحِقَ بِهِ الوَلَدُ ثُمَّ أَخَذَتْ مِنْهُ النَّفَقَةُ الَّتِي بَطُلَتْ عَنْهُ».

قال الماوردي: إذا أكذب نفسه بعد نفي حملها أو ولدها باللعان.

وإكذابه لنفسه قد يكون على أحد وجهين: إما بأن يكذب نفسه في قذفها، وإما أن يكذب نفسه في نفي ولدها فيلحق به الولد في الحالين، ويحد بقذفها على كلا الوجهين، ويتبين بذلك أنها كانت مستحقة للنفقة في أيام حملها فترجع عليه بالنفقة مدة حملها، ولا يكون للعانه تأثير في سقوطها كما لم يؤثر في نفي ولدها.

[العمل بقول القوابل في النفقة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْطَاهَا بِقَوْلِ القَوَابِلِ أَنَّ بِهَا حَمْلاً ثُمَّ عَلِمَ أَنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا حَمْلٌ أَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا فَجَاوَزَتْ أَرْبَعَ سِنِيْنَ رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَا أَخَذَتْ».

قال الماوردي: إذا بانت منه بالخلع أو بالطلاق الثلاث وادعت الحمل فصدقها أو أنكر فشهد القوابل بحملها ودفع النفقة إليها ثم بان أن لا حمل بها أو وضعت ولداً لأكثر من أربع سنين لا يلحق به، لم يخل حاله في النفقة من أمرين:

أحدهما: أن يكون بحكم حاكم فله أن يرجع بها؛ لأنه دفعها مجبراً، وقد علم سقوطها فاستحق الرجوع بها، لأن حكم الحاكم كان بظاهر بان خلافه فبطل، كما لو حكم باجتهاد خالف فيه نصاً.

والثاني: أن يكون قد دفع النفقة إليها بغير حكم، فإن قيل إن النفقة للحامل فتستحقه في الحال يوماً بيوم رجع بما أنفق، وإن صدق على الحمل لأن اليقين قد رفع حكم التصديق، ويكون دفعها بغير حكم كدفعها على هذا القول بحكم، لأنه لو حوكم

لأجبر، وإن قيل أن نفقة الحامل لا تستحق إلا بعد الوضع لم يخل حاله عند الدفع من أن يشترط فيها التعجيل أو لا يشترط، فإن لم يشترط فيها التعجيل لم يرجع بها، لأنها منه تطوع، وإن اشترط فيها التعجيل، فعلى ضربين:

أحدهما: لو تضمنها الرجوع بها أن أنفش حملها فله الرجوع اعتباراً بالشرط.

والثاني: أن لا يضمنها الرجوع بها ففي استرجاعها وجهان: أصحهما يرجع بها تغليباً لحكم ما اشترطه من التعجيل، كما يسترجع تعجيل الزكاة عند تلف ماله إذا اشترطه.

والوجه الثاني: لا يرجع بها إذا اشترط التعجيل حتى يشترط التضمين معه لاحتمال التعجيل وأخلاله بالتضمين الذي هو أقوى، ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً وأنفق عليها ثم علم فساد نكاحه لم يرجع بما أنفق بخلاف ما قدمناه من نفقة الحامل.

والفرق بينهما أنه في النكاح الفاسد أنفق في مقابلة الاستمتاع وقد حصل له، وفي الحامل أنفق لأجل الولد ولم يحصل له.

[القول في وجوب النفقة في الطلاق الرجعي]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَلَمْ تَقِرَّ بِثَلَاثِ حِيَضٍ أَوْ كَانَ حَيْضُهَا يَخْتَلِفُ فَيَطُولُ وَيَقْصُرُ لَمْ أَجْعَلْ لَهَا إِلَّا الأَقْصَرَ لأَنَّ ذَلِكَ اليَقِينُ وَأَطْرَحُ الشَّكَّ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا حُكِمَ بِأَنَّ العِدَّةَ قَائِمَةٌ فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ فِي القِيَاسِ لَهَا بِالعِدَّةِ قَائِمَةٌ وَلَوْ جَازَ قَطْعُ النَّفَقَةِ بِالشَّكِّ فِي انْقِضَاءِ العِدَّةِ لَجَازَ انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ بِالشَّكِّ فِي انْقِضَاءِ العِدَّةِ».

قال الماوردي: أما الطلاق الرجعي فالنفقة في العدة فيه واجبة حاملاً كانت أو غير حامل، لأن أحكام الزوجات عليها جارية واستمتاعه بها ممكن إذا أراد وإن أنفق عليها وادعت حملاً ظهرت أماراته وجب لها النفقة مدة حملها وتتعجلها يوماً بيوم قولاً واحداً، لأنها تستحق النفقة في العدة مع وجود الحمل وعدمه فتعجلت لوقته ولم يوقف على الوضع، ولها فيما بعد حالتان:

أحدهما: أن تنفش حملها ويظهر أنه كان ريحاً وغلظاً فتنقضي عدتها بثلاثة أقراء تستحق فيا نفقتها وترد ما زاد على ذلك، ويرجع إلى قولها في مقدار الأقراء الثلاثة، ولا يخلو حالها فيما تذكره من مدة أقرائها من سبعة أقسام:

أحدها: أن تكون عادتها في الحيض والطهر معروفة لا تختلف فتذكر قدر العادة

من غير زيادة ولا نقصان فيقبل قولها، فإن ادعى الزوج نقصان عادتها فله إحلافها، لأن النقصان ممكن.

والقسم الثاني: أن تكون عادتها متفقة لا تختلف فتذكر زيادة عادتها في الحيض والطهر فالقول قولها مع يمينها في زيادة العادة؛ لأنها ممكنة وهي مصدقة على نفسها.

والقسم الثالث: أن تكون عادتها متفقة لا تختلف فتذكر نقصان عادتها فالقول قولها ولا يمين عليها؛ لأن ذلك أضر بها، وقد تقضى زمان الرجعة في زيادة العادة فلذلك لم يكن للزوج إحلافها.

والقسم الرابع: أن تكون عادتها مختلفة فتذكر أطول العادتين فالقول قولها وللزوج إحلافها.

والقسم الخامس: أن تكون عادتها مختلفة فتذكر أقصر العادتين فالقول قولها وليس للزوج إحلافها، لأن ذلك أضر بها، وهذه الأقسام لم يردها الشافعي بقوله لم أجعل لها إلا الأقصر، لأنه اليقين وأطرح للشك.

والقسم السادس: أن تكون عادتها مختلفة فتجهل انقضاء العدة هل كانت بأطول العادة أو بأقصرها فلا يدفع إليها إلا نفقة الأقصر، لأنه اليقين، والأطول مشكوك فيه، وهذا القسم داخل في مراد الشافعي بقوله: وكان حيضها يختلف فيطول ويقصر لم أجعل لها إلا الأقصر، لأنه اليقين واطرح للشك، يعني أطول عادتها.

والقسم السابع: أن تجعل قدر عادتها في الطول والقصر، فيدفع إليها نفقة أقل مدة تنقضي فيها ثلاثة أقراء وذلك اثنان وثلاثون يوماً وساعتان وهو داخل في مراد الشافعي بقوله: «لم أجعل لها إلا الأقصر» يعني أقصر ما يمكن فيدخل هذان القسمان في مراده بالأقصر، وإن اختلف الأقصر فيهما فكان في السادس من أقصر عادتها وفي السابع أقصر ما يمكن.

فصل: والحال الثانية أن تضع ما ادعته من الحمل فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تضعه إلى مدة أربع سنين من وقت الطلاق فيكون الولد لاحقاً بالمطلق وتستحق النفقة في مدة الطلاق إلى وقت الولادة لانقضاء العدة توضع الحمل.

والضرب الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ففي لحوقه قولان ذكرناهما في كتابي «الرجعة» و «العدد».

أحدهما: يلحق به بخلاف البائن لاختلافهما في أحكام الزوجية، فعلى هذا

تنقضي عدتها بوضعه ولها عليه النفقة من وقت الطلاق إلى وقت الولادة لانقضاء العدة بوضع الحمل.

والقول الثاني: لا يلحق به كالبائن لاجتماعهما في استحالة علوقه قبل طلاقها، فعلى هذا تسأل عن حال الحمل ولا يخلو حال جوابها فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن تدعي أن الزوج المطلق أصابها برجعة أو غير رجعة.

والقسم الثاني: أن تدعي أجنبياً أصابها بشبهة.

والقسم الثالث: أن تقر أن رجلاً زنا بها سفحاً.

والقسم الرابع: أن لا تعزيه إلى جهة.

فأما القسم الأول: وهو أن تدعي على الزوج أنه أصابها في العدة فيسأل الزوج عن دعواها فإن صدقها لحق به الولد وانقضت به العدة، فأما النفقة فتستحق منها النفقة في مدة ثلاثة أقراء، وفي استحقاقها لنفقة ما بعدها من بقية مدة الحمل قولان؛ لأنه من وطء شبهة لا من نكاح، وإن أكذبها فالقول قوله مع يمينه، ولا يلحق به الولد، ولا تنقضي به العدة على الظاهر من مذهب الشافعي وجمهور أصحابنا لانتفائه عنه.

وقال أبو حامد الإسفراييني: تنقضي به العدة لإمكان أن يكون منه، وإن انتفى عنه كحمل الملاعنة تنقضي به العدة وإن انتفى عنه باللعان وليس لهذا القول عندي وجه؛ لأن حمل الملاعنة كان قبل اللعان لاحقاً فجاز أن تنقض به العدة وحمل هذه المطلقة قد كان قبل هذه الدعوى المردودة غير لاحق فلذلك لم تنقض به العدة ثم ناقض أبو حامد في قوله فجعل عدتها بوضع الحمل ولم يجعل لها النفقة في مدة الحمل، وكان فرقه بين العدة والنفقة أن العدة حق عليها والنفقة حق لها فقبل قولها فيما عليها ولم يقبل قولها فيما لها، والتعليل بهذا الفرق يفسد بالمدعية في عدة أقرائها زيادة على عادتها قولها مقبول في العدة واستحقاق النفقة وإن كانت العدة عليها والنفقة لها، وقد قال المزني: إذا حكم بأن العدة قائمة فكذلك النفقة في القياس لها.

وأما الجواب عن هذا القسم على الظاهر من مذهب الشافعي وقول جمهور أصحابنا في أن العدة لا تنقضي بوضع هذا الحمل، إن تُسأل عما ادعته من وطء الزوج، فإن قالت وطئني عقيب طلاقي لزمها أن تعتد بعد الولادة بثلاثة أقراء، لأنها مقرة أنها لم تعتد بشيء من الأقراء ثم لا نفقة لها فيما تعتد به من هذه الأقراء الثلاثة بعد الولادة لإقرارها بانقضاء العدة بالولادة ولا رجعة فيها للزوج لإكذابها فيما ادعته من الإصابة، وإن قالت وطئني بعد مضي أقرائي كأنها قالت وطئني في القرءِ الثالث

بعد مضي قَرأين احتسبت بالقرأين الأولين واعتدت بقـرء ثالث بعد الولادة تنقضي به بقية العدة.

وأما القسم الثاني: وهو أن تدعي أن أجنبياً أصابها بشبهة فدعواها إصابة الأجنبي غير مقبولة عليه إلا بالتصديق، فإن صدقها لحق به الولد وانقضت به عدتها من إصابته، فأما عدة المطلقة فتسأل المطلقة عن الوقت الذي أصابها فيه الأجنبي، ولها في الجواب عنه أربعة أحوال:

أحدها: أن تدعية عقيب طلاقها فيكون ذلك إقرار منها أنها لم تعتد عن مطلقها فيلزمها أن تعتد عنه بعد ولادتها بثلاثة أقراء، وله أن يسترجع منها نفقة الحمل، وعليه أن يدفع إليها نفقة عدتها بعد الحمل، وله أن يراجعها في هذه العدة إن صدقها على إصابة الأجنبي ولا رجعة له إن أكذبها.

والحال الثانية: أن تدعي إصابة الأجنبي بعد انقضاء عدتها بالأقراء الثلاثة فيقبل قولها في انقضاء العدة، ولا يلزمها أن تعتد للزوج بعد ولادتها ويسترجع منها نفقة حملها إلا مدة أقرائها الثلاثة، والقول في قدرها على ما مضى من الأقسام السبعة إذا انفش حملها.

والحال الثالثة: أن تدعي إصابة الأجنبي في تضاعيف أقرائها، كأنها ادعت إصابته في القَـرء الثاني بعد استكمال الأول فتحسب لها بقـرءٍ، وعليها أن تأتي بعد الولادة بقرأيـن، ويسترجع منها نفقة الحمل إلا قـرءٍ واحد ويدفع إليها نفقة قـرأين بعد الولادة.

والحال الرابعة: أن تجهل الوقت الذي ادعت فيه الإصابة ولا تخبر به فتصير شاكة في انقضاء عدتها. فيلزمها أن تعتد بعد الولادة بثلاثة أقراء لتقضي عدتها بيقين، ويسترجع الزوج منها نفقة حملها لأنها لم تعتد بشيء منه، ويدفع الزوج منها نفقة حملها لأنها لم تعتد بشيء منه، ويدفع إليها نفقة عدتها بعد الولادة، لأنه ملتزم لها قبل ذلك نفقة عدة، ولا يراجعها في هذه العدة للشك في استباحتها.

وأما القسم الثالث: وهو أن تقر أن رجلاً زنا بها فتعتد بما مضى من أقرائها قبل الزنا وبعده، ولا تفسد الأقراء بوطء الزنا وتعتد بحيضها على الحمل سواء قيل أن ما تراه الحامل من الدم حيضاً أو ليس بحيض، لأنه قد سقط في العدة حكم هذا الحمل فاعتدت فيه بالحيض، وإن سقط حكمه في العبادات إذا قيل ليس بحيض ويسترجع منها نفقة حملها إلى مدة ثلاثة أقراء يرجع فيها إلى قولها على ما مضى من الأقسام السبعة.

وأما القسم الرابع: وهو أن لا تعزي وطأها إلى أحد أو تنكر أن يكون قد وطئها أحد فيجري عليها في العدة حكم وطء الزنا فيكون حكمها في العدة على ما قدمناه. والله أعلم.

[القول في نفقة الحمل]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا أَعْلَمُ حُجَّةً بِأَنْ لَا يَنْفِقَ عَلَى الأَمَةِ الحَامِلِ، وَلَوْ زَعَمْنَا أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ كَانَتْ نفقة الحَمْلِ لَا تَبْلُغُ بَعْضَ نَفَقَةِ أَمَةٍ وَلَكِنَّهُ حُكْمُ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ (وقال) فِي كِتَابِ الإِمْلَاءِ: النَّفَقَةُ عَلَى السَّيِّدِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: الأَوَّلُ أَحَقُّ بِهِ لأَنَّهُ شَهِدَ أَنَّهُ حُكْمُ اللَّهِ وَحُكْمُ اللَّهِ أَوْلَى مِمَّا خَالَفَهُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا اختلاف قول الشافعي في نفقة الحامل المبتوتة واجبة، وهل وجبت لحملها أو لها؟ لأنها حامل على قولين:

أحدهما: نصّ عليه في كتاب الأم ونقله المزني إلى هذا الموضع واختاره المزني وجمهور أصحابنا. أنها وجبت لها لكونها حاملاً لأربعة معان.

أحدها: أنها مقدرة بكفاية الأم ونفقات الأقارب غير مقدرة، وهي معتبرة بكفاياتهم لا بكفاية غيرهم، ولو وجبت للحمل لما تقدرت ولكانت بعض نفقة أمة.

والثاني: أن هذه النفقة لا تسقط بتأخير المطالبة ونفقة الأقارب تسقط بتأخير المطالبة فثبت أنها لها لا لحملها.

والثالث: أنها لو كانت للحمل لوجب إذا ملك الحمل مالاً من وصية أو ميراث أن تكون النفقة في ماله لا على أبيه، وفي إجماعهم على أنها على الأب دليل على أنها تجب للحامل دون الحمل.

والرابع: أنها لو كانت للحمل لوجب أن يؤخذ الجد بها عند إعسار الأب وفي سقوطها عنه دليل على أنها لا تجب له.

والقول الثاني: نصّ عليه الشافعي في كتاب «الإملاء» أن النفقة تجب للحمل لا للحامل لثلاثة معان:

أحدها: أن النفقة لما وجبت لوجود الحمل وسقطت بعدمه على وجوبها للحمل دون أمه.

والثاني: أنه لما وجبت نفقة الحمل بعد انفصاله وجبت نفقته في حال اتصاله لتحفظ بها حياته في الحالين.

والثالث: أنه لما كانت نفقة المرضعة تجب للمرضع دونها وإن تقدرت بكفايتها كانت نفقة الحامل بمثابتها تجب للحمل دونها وتتقدر بكفايتها دونه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين تفرع عليهما إن أبت الحرة طلاق زوجته الأمة وهي حامل فإن قيل بالقول الأول أن النفقة للحامل دون الحمل وجبت عليه نفقتها مدة حملها، وإن قيل بالقول الثاني أن النفقة للحمل دون الحامل وجبت نفقتها على سيدها دون زوجها، لأن الحمل مملوك للسيد فوجبت نفقتها عليه دون الأب، ولو أبى العبد طلاق زوجته الحرة وهي حامل فعلى القول الأول أن النفقة للحامل دون الحمل تجب نفقتها على الزوج، وعلى القول الثاني أن النفقة للحمل دون الحامل تسقط نفقتها عنه، لأن العبد تجب عليه نفقة زوجته ولا تجب عليه نفقة ولده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا كُلُّ نِكَاحٍ كَانَ مَفْسُوخاً فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا وَلاَ سُكْنَى حَامِلاً أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ (وقال) فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِلاَّ أَنْ يَتَطَوَّعَ المُصِيبُ لَهَا بِذَلِكَ لِيُحْصِنَهَا فَيَكُونَ ذَلِكَ لَهَا بِتَطَوُّعِهِ وَلَهُ تَحْصِينُهَا وَبِاللَّهُ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: أما النكاح المفسوخ فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مفسوخ العقد من أصله كالنكاح بغير ولي وبغير شهود أو كنكاح المتعة والشغار فلا تستحق فيه النفقة لا في حال الاجتماع ولا في حال العدة بعد الفرقة إذا كانت حائلاً لأمرين:

أحدهما: أن استحقاق النفقة في مقابلة استحقاق التمكين، ومع فسخ النكاح لا يجب عليها التمكين فلم تجب لها النفقة.

والثاني: أن نفقة الزوجة تجب لحرمة العقد، وليس للمفسوخ حرمة فلم تجب به نفقة، فإن كانت حاملاً في حال العدة ففي وجوب نفقتها قولان:

أحدهما: لا تجب لها إذا قيل إنها للحامل دون الحمل.

والقول الثاني: تجب لها النفقة إذا قيل إنها للحمل دون الحامل.

فصل: **والقسم الثاني**: أن يطرأ عليه الفسخ بعد صحة العقد بما يمنع من استدامته ولا يوجب رفعه من أصله كالعيوب الحادثة إذا جعل للزوج الفسخ لحدوثها فتستحق بعد فسخه الصداق المسمى وتكون في عدتها كالمبتوتة لا نفقة لها إن كانت حائلاً، ولها النفقة إن كانت حاملاً على القولين معاً.

فصل: **والقسم الثالث**: أن يطرأ عليه الفسخ بعد صحة العقد بما يوجب رفعه من

أصله كالعيوب المتقدمة إذا فسخ الزوج بها. أن يقع العقد من أصله يقدم سبب الفسخ على العقد والمستحق فيه من المهر والنفقة ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجري عليه حكم المفسوخ حال العقد كالقسم الأول وذلك كالمهر إن كان قبل الدخول سقط وإن كان بعده وجب فيه مهر المثل دون المسمى.

والقسم الثاني: ما يجري عليه حكم الفسخ الطارىء المانع من الاستدامة ولا يرفع العقد من أصله كالقسم الثاني وهو وجوب النفقة قبل الفسخ تستحق وإن وقعت المطالبة بها بعد الفسخ لوجود موجبي الاستحقاق قبل الفسخ، وهما وجوب التمكين وحرمة العقد.

والقسم الثالث: نفقة ما بعد الفسخ من عدة الحمل ذهب أبو حامد الإسفراييني إلى إلحاقها بالقسم الأول في المفسوخ من أصله وخرج استحقاقها في مدة الحمل على قولين استدلالاً بأمرين:

أحدهما: لرفعه العقد من أصله الثاني لاستحقاق مهر المثل فيه دون المسمى، والصحيح عندي أنه يلحق بالقسم الثاني في الفسخ الطارىء الرافع لاستدامة العقد لوجوب نفقتها في عدة الحمل على القولين معاً لوجود موجبي الاستحقاق قبل الفسخ من استحقاق التمكين وحرمة العقد. والله أعلم.

بَابُ النَّفَقَةِ عَلَى الأَقَارِبِ مِنْ كِتَابِ النَّفَقَةِ وَمِنْ ثَلاثَةِ كُتُبٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ ﷺ بَيَانُ أَنَّ عَلَى الأَبِ أَنْ يَقُومَ بِالمُؤْنَةِ فِي إِصْلاَحِ صِغَارِ وَلَدِهِ مِنْ رَضَاعٍ وَنَفَقَةٍ وَكُسْوَةٍ وَخِدْمَةٍ دُونَ أُمِّهِ».

قال الماوردي: نفقة الأولاد على الآباء بدليل الكتاب والسنة والإجماع والعبرة.

فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فدلت هذه الآية على أمرين:

أحدهما: على وجوب نفقة الأولاد على الآباء دون الأمهات، ودلت على أن اشتغال الأم بتربية ولدها لا يوجب سقوط نفقتها وقال عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، يعني المطلقات إذا أرضعن أولادهن وجبت لهن أجرة الرضاعة، فلما لزمت أجرة الرضاع كان لزوم النفقة أحق. وقال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا أَوْلاَدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ [الإسراء: ٣١]، فلولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الإملاق من النفقة.

وأما دليل السنة فما روى الشافعي عن سفيان عن أبي عجلان عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ: فقال: إن معي ديناراً قال: انفقه على نفسك قال: إن معي آخر قال: انفقه على ولدك قال: إن معي آخر قال: أنت أعلم فدل على وجوب النفقة للولد.

وروى الشافعي عن أنس بن عياض عن هشام بن عروة عن عائشة أنها حدثته أن هند أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني وولدي إلا ما آخذ منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء؟ فقال رسول الله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فدل هذا أيضاً على وجوب نفقة الولد.

وأما العبرة فإن وجود البعضية بينهما وأنه يعتق كل واحد منهما على صاحبة كما

تعتق عليه نفسه، ولا يشهد له كما لا يشهد لنفسه فوجب أن ينفق كل واحد منهما على صاحبه كما ينفق على نفسه.

[القول في شروط النفقة على الولد]

فصل: فإذا ثبت وجوب نفقة الولد على الوالد فهي معتبرة بشروط في الولد وشروط في الوالد.

فأما الشروط المعتبرة في الولد، فثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون حراً فإن كان مملوكاً كان سيده أحق بالتزام نفقته من أبيه لأنه مالك كسبه.

والشرط الثاني: أن يكون فقيراً لا مال له إن كان له مال كانت نفقته في ماله لا على أبيه، لأنها مواساة لا تجب إلا مع الفقر.

والشرط الثالث: أن يكون عاجزاً عن الكسب، وعجزه عنه يكون بأحد أمرين:

إما بنقصان خلقه وإما بنقصان أحكامه، أما نقصان خلقة فكالعمى والزمانة، وأما نقصان أحكامه فكالصغر والجنون.

وأما الشروط المعتبرة في وجوب نفقته على الأب فثلاثة شروط:

أحدها: الحرية. ليكون بها من أهل المواساة، فإن كان مملوكاً لم تجب عليه نفقة ولده، لأنه لما لم تجب عليه نفقة نفسه كان أولى أن لا تجب عليه نفقة ولده.

والشرط الثاني: أن يكون قادراً على نفقته، وقدرته عليها تكون من أحد وجهين، إما من يسار بمال يملكه، وإما بكسب بدنه، لأن القدرة على الكسب تجري عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر، قال النبي ﷺ لرجلين سألاه عن الزكاة «إن شئتما ولا حظ فيها لغني ولا لذي قوة مكتسب».

والشرط الثالث: أن يقدر عليها فاضلة عن نفقة نفسه فإن لم تفضل عنها سقطت عنه. لقول النبي ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول».

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «النوفَيةِ دَلاَلَةٌ أَنَّ النَّفَقَةَ لَيْسَتْ عَلَى المِيرَاثِ وَقَالَ ابْنُ عَبَّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ مِنْ أَنْ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا لاَ أَنَّ عَلَيْهَا النَّفَقَةَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وأحق الناس بتحمل نفقة الولد أبواه إذا استكملت

فيهما شروط الالتزام، فإن أعسر الأب بها أو مات فقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه بعد الأب على أربعة مذاهب.

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها تجب على الجد أبي الأب ثم أباؤه وإن علون دون الأم. سواء مات الأب أو أعسر، ثم تنتقل بعدهم إلى الأم.

والثاني: وهو مذهب مالك أنها لا تجب على الأم ولا على الجد، سواء مات الأب أو أعسر؛ لبعد نسب الجد وضعف النساء عن التحمل.

والثالث: وهو مذهب أبي يوسف ومحمد أنه إن أعسر الأب تحملتها الأم لترجع بها عليه إذا أيسر وإن مات الأب كانت على الجد دون الأم.

والرابع: وهو مذهب أبي حنيفة أنها تجب في موت الأب وإعساره على الجد والأم أثلاثاً كالميراث، ثلثها على الأم وثلثاها على الجد. استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾ الآية إلى أن قال ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ يعني مثلما كان على الأب من رزقهن وكسوتهن بالمعروف، والأم والجد وارثان فوجب أن يشتركا في تحمل ذلك كاشتراكهما في الميراث وهذا نص.

ودليلنا هو: أن الجد ينطلق عليه اسم الأب فانطلق عليه حكمه قال تعالى: ﴿**يَا بَنِي آدَمَ**﴾ [الأعراف: ٢٦] فسمانا أبناء وسمى آدم أباً، وقال عز وجل ﴿**مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ**﴾ [الحج: ٧٨] فسماه أباً وإن كان جداً بعيداً، ولأنه لما قام الجد مقام الأب في الولاية واختص دون الأم بالتعصيب وجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة، فأما الآية فلا دليل فيها لاختلاف أهل التأويل في المراد بالوارث هاهنا على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه المولود يلتزم نفقة أمه بعد موت أبيه كما التزمها أبوه، وهو قول قبيصة بن ذؤيب وعلى هذا التأويل يسقط الدليل.

والثاني: أنه أراد وارث الأب فعلى هذا الجد الذي هو أبوه أخص بميراثه نسباً من الأم التي هي زوجته فسقط الدليل.

والثالث: أنه وارث المولود فعلى هذا يكون المراد بقوله مثل ذلك ما حكاه الشافعي عن ابن عباس وتابعه عليه الزهري والضحاك في أن لا تضار والدة بولدها فسقط الاستدلال بها على التأويلات كلها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من وجوبها على الجد دون الأم فهي بعد الجد على آبائه وإن بعدوا دون الأم، ولا تنتقل إلى الأبعد إلا بعد موت الأقرب أو عسرته، فإذا عدموا أو أعسروا انتقل وجوبها إلى الأم.

وقال مالك: لا تجب على الأم ولا مدخل للنساء في تحمل النفقات لقول الله

تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤] فأوجب النفقة لهن ولم يوجب النفقة عليهن ودليلنا قول الله تعالى ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فلما أوجب على الأم ما عجز عنه الأب من الرضاع وجب عليها ما عجز عنه من النفقة، ولأن البعضية فيها متحققة وفي الأب مظنونة فلما تحملت بالمظنونة كان تحملها بالمستيقنة أولى؛ ولأنه لما تحمل الولد نفقة أبوية وجب أن يتحمل أبواه نفقته، وأما الآية فلا دليل فيها لورودها في نفقات الزوجات والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت تحمل الأم لها كالأب خرج من التزامها من عدا الأباء والأمهات من سائر الأقارب والعصبات، واختص بتحملها والتزامها من فيه بعضية من آبائه وأمهاته على ما استدل عليه من بعد، وإذا كان كذلك لم يخل حال من وجد منهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونوا جميعاً من قبل الأب لا يشاركهم أحد من قبل الأم.

والثاني: أن يكونوا جميعاً من قبل الأم لا يشاركهم أحد من قبل الأب.

والثالث: أن يشترك فيه أقارب الأب وأقارب الأم، فإن انفرد به أقارب الأب فنفقته بعد الأب على الجد فإن عدم أو أعسر انتقلت عنه إلى جد الجد، ثم كذلك إلى جد بعد جد، فإذا عدم جميع الأجداد انتقلت عنهم إلى أم الأب لقيامها في الحضانة والميراث مقام الأب، وليس يشاركها في درجتها بعد الجد أحد، فإذا صعدت بعدها درجة اجتمع فيها بعد أبي الجد ثلاثة: أم أم أب، وأب أم أب، وأم أب أب، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنهم سواء في تحملها لاستوائهم في الدرجة والبعضية وعدم التعصب، فيشتركون في تحملها بينهم بالسوية.

والوجه الثاني: تتحملها أم أبي الأب، لأنها مع مساواتهم في الدرجة أقرب إدلاءاً بعصبة لتحملها، وأرى وجهاً ثالثاً وهو عندي أصح، أنه إذا اجتمع فيهم مع استواء الدرج وارث وغير وارث كان الوارث بتحملها أحق من غير الوارث لقوة الوارث على من لا يرث فوجب أن يتحملها لقوة سببه.

كما تقدم العصبة في تحملها على من ليس بعصبة لقوتهم بالتعصب فإن اشتركا في الميراث تحملها منهم من كان أقرب إدلاءاً بعصبة، وإن اختلفت رحمهم تحملها الأقرب فالأقرب وارثاً كان أو غير وارث فعلى هذا إن كان مع هؤلاء الثلاثة أم أب كانت أحق بتحملها على الوجوه الثلاثة وإن لم يكن غيرهن اشترك في تحملها أم أبي

الأب، وأم أم الأب لاشتراكهما في الميراث، وتسقط عن أبي أم الأب لسقوط ميراثه وعلى هذه القاعدة وما قدمته من هذه الوجوه الثلاثة يكون التفريع في جميع من يتحملها فإذا صعدت إلى درجة رابعة اجتمع لك فيها بعد جد الجد الذي لا يتقدمه في تحملها منهم أحد. سبعة:

أحدهم: أم أبي أبي الأب.

والثاني: أم أم أبي الأب.

والثالث: أم أم أم أب، وهؤلاء الثلاثة وارثات.

والرابع: أب أم أبي أب.

والخامس: أب أم أم أب.

والسادس: أب أبي أم أب.

والسابع: أم أبي أم أب وليس في هؤلاء الأربعة وارث. ففيه وجهان:

أحدهما: أن النفقة يتحملونها بينهم بالسوية لاستوائهم في الدرجة، فإن عدم واحد منهم تحملها من بقي ولا يتقدم بتحملها وارث على غير وارث ولا من أدلى بعصبة على من أدلى بغير عصبة، وهذا قول من اعتبر في تحمل النفقة قرب الدرج.

والوجه الثاني: أنه يتحملها منهم من أدلى بعصبة وهو لا محالة وارث وهو أول المذكورين من السبعة، أم أبي أبي الأب، وتسقط عمن سواها لاختصاصها بقوتي الميراث والإدلاء بالعصبة، فإن عدمت كانت على الثانية وهي أم أم أبي الأب لاختصاصها بعد الأولى بالقوتين الميراث وقرب الإدلاء بالعصبة فإن عدمت الثانية كانت على الثالثة لتفردها بالقوتين، فإن عدم الثلاث الوارثات كانت على الرابع، وهو أب أم أبي الأب لأنه أقرب إدلاءاً بعصبة وأقرب إدلاءاً بوارث، فإن عدم الرابع فهو على وجهين:

أحدهما: وهو قول من راعى قرب الإدلاء بالعصبة فجعلها على الثلاثة الباقيين بالسوية لاستواء درجهم في الإدلاء بالعصبة.

والوجه الثاني: وهو الذي رأيت تخريجه أصح في تقديم الوارث على من ليس بوارث. تجب على من كان أقرب إدلاءً بوارث وهو الخامس. أب أم أم الأب، لأنه يدلي بعد درجته بوارث، فإن عدم الخامس استوى السادس والسابع لاستوائهما في الإدلاء بالتعصب على قول من اعتبره ولاستوائهما في الإدلاء بوارث على الوجه الذي اعتبرته. لكن السادس منهما ذكر والسابع أنثى، فإذا اجتمع في تحمل النفقة ذكر وأنثى

وهما يدليان بشخص واحد كان الذكر أحق بتحملها من الأنثى كالأبوين، ولو أدليا بشخصين تساويا روعيت قوة الأسباب، فإن استوت اشتركا في التحمل، والسادس والسابع هاهنا يدليان بشخص واحد وهو أب أم الأب، فالسادس منهما أبوه والسابع أمه، فاختص بتحملها السادس الذي هو أب أبي أم الأب دون السابعة التي هي أم أبي أم الأب، فإن عدم السادس بتحملها السابع حينئذ ثم على هذا القياس.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن ينفرد به أقارب الأم فمعلوم أنه لا يكون فيهم عصبة ويختص بمن فيه منهم ولادة وهم في أول درجة بعد الأم أبواها وهما أب الأم وأم الأم فهي على قول من اعتبر الدرج بينهما لاستوائهما في الدرجة، وعلى الوجه الذي اعتبرته في الترجيح بقوة الميراث تجب على أم الأم دون أبي الأم، لأنها الوارثة دونه، وله من اختص بالذكورة، فالترجيح بالميراث أقوى، فإذا صعدت بعدهما إلى درجة ثالثة اجتمع لك فيها أربعة منهم من جهة أبي الأم أبواه ومن جهة أم الأم أبواها فيكون أحدهم أم أم الأم، والثاني أب أم الأم والثالث أب أبي الأم والرابع أم أبي الأم فهي على قول من اعتبر الدرج بينهم بالسوية لاستوائهم في الدرجة وهي على الوجه الذي اعتبرته في الترجيح بقوة الميراث واجبة على أم أم الأم؛ لأنها الوارثة من جميعهم فإن عدمت وجبت بعدها على أبي أم الأم؛ لأنه أقرب إدلاء بوارث، فإن عدم استوى الأثنان الباقيان فيها وهما أبرأ أبي الأم وقد أدليا بشخص واحد وأحدهما ذكر فكان أحق بتحملها ووجبت على أبي أبي الأم دون أم أبي الأم، فإن صعدت بعدهم إلى درجة رابعة اجتمع لك فيها ثمانية أحدهم أم أم أم الأم والثاني أب أم أم الأم، والثالث أب أبي أم الأم، والرابع أم أبي أم الأم، والخامس أب أبي أبي الأم، والسادس أم أبي أبي الأم، والسابع أب أم أبي الأم، والثامن أم أم أبي الأم، فعلى قول من اعتبر الدرج تجب على جمعهم بالسوية لاستوائهم في الدرجة، وهي على الوجه الذي اعتبرته، في الترجيح بقوة الميراث تجب على الأولى وهي أم أم أم الأم، لأنها الوارثة من جميعهم، فإن عدمت فهي على الثاني وهو أب أم أم الأم، لأنه أقربهم إدلاء بوارث فإن عدم فهي على الثالث وهو أب أبي أم الأم، لأنه مع الرابعة يدليان بأبي أم الأم المدلى بوارث فقدما على من بعدهما لبعدإدلائهم بوارث وقدم الثالث لذكوريته على الرابعة لأنوثيتها مع اشتراكهما في الإدلاء بشخص واحد فإن عدم الثالث فهي على الرابعة وهي أم أبي أم الأم، فإن عدمت فعلى الخامس وهو أب أبي أبي الأم، لأنه مع السادسة يدليان بأبي أبي الأم، فقدم الخامس لذكوريته وإدلائهما بشخص واحد، فإن عدم كانت بعده على السادسة وهي أم أب أبي الأم فإن عدمت فهي بعدها على السابع وهو أب أم أبي الأم، لأنه يدلى مع الثامنة بأم أبي الأم فاختص بها لذكوريته، فإن عدم فهي بعده على الثامنة وهي أم أم أبي الأم ثم على هذا القياس.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن يشترك فيها أقارب الأب وأقارب الأم، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أقارب الأب أقرب فهم المختصون بتحملها لقربهم على ما ذكرنا من أحكام درجهم دون أقارب الأم لبعدهم،

والقسم الثاني: أن يكون أقارب الأم أقرب فهم أخص بتحملها لقربهم على ما ذكرنا من أحكام درجهم دون أقارب الأب لبعدهم.

والقسم الثالث: أن يستوي أقارب الأب وأقارب الأم في الدرج ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشترك الفريقان في تحملها وهو قول من اعتبر الدرج.

والوجه الثاني: أن يختصر بتحملها أقارب الأب دون أقارب الأم وهذا قول من اعتبر الإدلاء بالعصبة.

والوجه الثالث: أن يتحملها الورثة منهم دون من لم يرث، فإن لم يرث منهم أحد اختص بها من كان أقرب إدلاء بإرث، وهذا قولي في اعتبار القوة بالإرث، فعلى هذا لو اجتمع أم أم وأم أب، كان على وجهين:

أحدهما: يشتركان في تحملها وهو قول من اعتبر الدرج واعتبر الميراث لاستوائهما في الدرج واشتراكهما في الميراث.

والوجه الثاني: يختص بتحملها أم الأب دون أم الأم وهو قول من اعتبر الإدلاء بالعصبة لاختصاص أم الأب بتعصيب الأب، ولو اجتمع أم أب وأب أم كان على وجهين:

أحدهما: أنهما سواء في تحملها وهو قول من اعتبر الدرج لاستوائهما فيها.

والوجه الثاني: أن يختص بتحملها أم الأب، وهو قول من اعتبر الإدلاء بالعصبة وقول من اعتبر القوة بالميراث، لأنهما معاً في جهة أم الأب دون أبي الأم، ولو اجتمع فيها ثلاثة أب أم أب، وأم أبي أب، وأم أم أم. كان على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم يشتركون في تحملها لاستواء الدرج.

والوجه الثاني: أن يختص بتحملها أم أبي الأب، لأنها أقرب إدلاء بعصبة وهو قول من اعتبر التعصيب.

والوجه الثالث: أن يشترك في تحملها أم أبي الأب وأم أم الأم لاشتراكهما في

الميراث دون أبي أم الأب؛ لأنه غير وارث، وعلى هذا القياس أبداً.

[القول في الوقت الذي يجب فيه الإنفاق على الأولاد]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَيُنْفِقُ الرَّجُلُ عَلَى وَلَدِهِ حَتَّى يَبْلُغُوا الحُلم أَوِ المَحِيضَ ثُمَّ لاَ نَفَقَةَ لَهُمْ إلاَّ أَنْ يَكُونُوا زَمْنَى فَيُنْفِقُ عَلَيْهِمْ إذَا كَانُوا لاَ يُغْنُونَ أَنْفُسَهُمْ وَكَذَلِكَ وَلَدُ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفُلُوا مَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَبٌ دُونَهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجبت نفقة الولد لصغره سقطت ببلوغه ما لم تخلف الصغر زمانه أو جنون سواء كان الولد غلاماً أو جارية، فإذا احتلم الغلام أو حاضت الجارية سقطت نفقتها.

وقال مالك: تجب نفقتها حتى تزوج فإن طلقت قبل الدخول عادت نفقتها على الأب، وإن طلقت بعد الدخول لم تعد نفقتها عليه.

ودليلنا: هو أن ما سقطت به نفقة الغلام سقطت به نفقة الجارية كاليسار، ولأن القدرة على الكسب تمنع من وجوب النفقة كالغلام، ولأنه لو كان للأنوثية مزية في استحقاق النفقة لوجبت للمطلقة وفي سقوطها للمطلقة إسقاط لحكم الأنوثية.

[القول في سقوط نفقة الولد]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَمْوَالٌ فَنَفَقَتُهُم فِي أَمْوَالِهِمَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن نفقة الأولاد مواساة فوجبت مع العدم وسقطت مع الغنى، وإذا سقطت نفقة الأولاد بالغنى، فسواء كان الولد ذكر أو أنثى، ولا يخلو حال ماله من أحد أمرين، إما أن يكون حاضراً أو غائباً فإن كان حاضراً فلا فرق بين أن يكون قد ملكه بواجب كالميراث أو بتطوع كالهبة والوصية، ولا فرق بين أن يكون ناضاً أو عقاراً نامياً كان أو غير نام فلو كان أبوه قد وهب له مالاً فما لم يقبضه الابن فنفقته على الأب، فإذا أقبضه إياه سقطت نفقته عن الأب، ووجبت على الولد في المال الذي ملكه عن أبيه بالهبة، فإن أراد الأب الرجوع في هبته فله الرجوع وعليه أن ينفق بعد رجوعه عليه، وإن كان ماله غائباً فعلى الأب أن ينفق عليه فرضاً موقوفاً، فإن قدم ماله سالماً رجع الأب بما أنفق سواء أنفق بحكم أو بغير حكم إذا قصد بالنفقة الرجوع، لأن أمر الأب في حق ولده أنفذ من حكم الحاكم وإن هلك مال الولد قبل قدومه بان استحقاق نفقته على الأب من الوقت الذي تلف ماله فيه، لأنه بتلف ماله صار فقيراً من أهل المواساة، فإن تلف ماله من أول إنفاقه سقط جميعه، وبرئت ذمة الولد

منه، وإن تلف ماله بعد إن مضى زمان بعض النفقة وبقي زمان بعضها سقط من ذمة الولد ما أنفقه بعد تلف ماله ولم يسقط ما أنفقه قبل تلفه، وكان ذلك ديناً له على ولده، يرجع به إذا أيسر أو بلغ.

[القول في إعسار الأب ببعض النفقة]

فصل: فإذا أعسر الأب ببعض نفقة الولد وقدر على بعضها تحمل منها ما قدر عليه وكان باقيها على الجد، فإن لم يكن فعلى الأم، فلو كانا ولدين أيسر الأب بنفقة أحدهما وأعسر بنفقة الآخر، فإن كان مع الأب جد موسراً أو أم كان الأب والجد بالخيار بين اشتراكهما في نفقة الولدين وبين أن يتحمل الأب نفقة أحدهما ويتحمل الجد نفقة الآخر، فإن اختلفا في الاشتراك والانفراد عمل على قول من دعا إلى الاشتراك في نفقتهما وإن لم يكن مع الأب غيره ساوى بين ولديه في النفقة إذا استوت أحوالهما، وتحمل لكل واحد منهما نصف نفقته، ولم يخص بها أحدهما، فإن اختلفت أحوال الولدين انقسم اختلافهما ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تختلف في الصغر والكبر، فيكون أحدهما صغيراً لا يقوم بنفسه ويكون الآخر مراهقاً يقوم بنفسه، قام بنفقة الرضيع منهما دون المراهق ولم يشرك بينهما، لأن الرضيع بالعجز مضاع والمراهق بالحركة متسبب.

والقسم الثاني: أن يكون أحدهما صحيحاً والآخر مريضاً، فالمريض أحق من الصحيح لما ذكرنا.

والقسم الثالث: أن يكون أحدهما ابناً والآخر بنتاً. ففيه وجهان:

أحدهما: أن البنت أحق لخفرها وظهور النقص في حركتها.

والوجه الثاني: أنهما سواء، لأن لكل واحد منهما من التصرف والتسبب نوعاً يقصر الآخر عنه فيشرك بينهما في النفقة.

فصل: فإذا كان له ابن وابن ابن تحمل نفقتهما إذا أيسر بها، فإن عجز عن نفقتهما كان الابن أحق. لابتداء وجوبها عليه دون ابن الابن الذي انتقلت إليه عن أبيه ولو كان له ابن بنت وبنت ابن وأيسر بنفقة أحدهما كانت بنت الابن أحق بتحمل نفقتها من ابن البنت لمعنيين أحدهما: نقصها بالأنوثية.

والثاني: قوة سببها بتعصيب أبيها والله أعلم بالصواب.

[القول في نفقة الوالدين]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُضِيعَ شَيْئاً مِنْهُ فَكَذَلِكَ هُوَ مِنِ ابْنِهِ إِذَا كَانَ الوَالِدُ زَمِناً لاَ يُغْنِي نَفْسَهُ وَلاَ عِيَالَهُ وَلاَ حِرْفَةَ لَهُ فَيُنْفِقَ عَلَيْهِ وَلَدَهُ وَوَلَدُ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفُلُوا لأَنَّهُمْ وَلَدٌ وَحَقُّ الوَالِدِ عَلَى الوَلَدِ أَعْظَمُ».

قال الماوردي: نفقة الوالد واجبة على ولده، كما وجبت نفقة الولد على والده على ما سنوضحه من شروط الوجوب لقول الله عز وجل: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان: ١٥]، فكان من المعروف القيام بكفايتهما، وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حسْناً﴾ [العنكبوت: ٨] ومن الإحسان إليهما النفقة عليهما، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، مبالغة في برهما، وقال عز وجل: ﴿مَا أَغْنَى عَنْهُ مَالُهُ وَمَا كَسَبَ﴾ [المسد: ٢]، يعني ولده وروى الأعمش عن إبراهيم عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه إن ولده من كسبه»(١).

وروي أنه قال: «فكلوا من أطيب كسبكم».

وروى حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إن أولادكم هبة من الله لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء ذكراناً، وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها»(٢).

وروى محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال، ويريد أن يأخذ مالي فقال ﷺ أنت ومالك

---

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٢٤١) وابن ماجه (٢١٣٧) وأحمد (٣١، ١٢٧) والبيهقي (٧/ ٤٨٠) وعبد الرزاق (٦٦٤٣) وابن أبي شيبة (٧/ ١٥٧) والرازي في العلل (١٣٥٦) والسيوطي في الدر (١/ ٣٤٧).

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٨) وأحمد (٦/ ١٦٢) وابن ماجه (٢٢٩٠) والحاكم (٢/ ٢٨٤) والبيهقي (٧/ ٤٨٠) والسيوطي في الدر (٦/ ١٢) وانظر الكنز (٤٥٥١٠).

لأبيك[1] ولأن حق الوالد أعظم من حق الولد، لأنه لا يقاد بقتله ولا يحد بقذفه، فلما وجبت عليه نفقة ولده كان أولى أن تجب نفقته على ولده.

فصل: فإذا تقرر وجوب نفقة الوالد على ولده فكذلك نفقة الجد وإن علا ونفقة الأم والجدان وإن علون.

وقال مالك: لا يلزمه أن ينفق إلا على والده وحده، ولا يلزمه أن ينفق على جده ولا على أمه كما لم يوجب نفقة الولد على جده ولا على أمه، وهذا خطأ قطع به التواصل وخالف فيه الجمهور. مع قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]، مبالغة في الحث على برهما.

وروي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله من أبر قال: أمك قال: ثم من قال: أمك قال: ثم من قال: أمك قال: ثم من قال: أباك حقاً واجباً ورحماً موصولاً[2]. فوصاه بالأم ثلاثاً، ووصاه بالأب في الرابعة، ولأن الأم لتفردها بثقل الحمل ومشاق الولادة، وقيامها بالرضاعة والتربية أوجب حقاً من الأب وأظهر منه عجزاً، فكانت باستحقاق النفقة أحق وبالتوافر على برها ألزم، ولأنه لما استوى طرف الأباء والأمهات والأجداد والجدات في عتقهم بالملك وسقوط القود عنهم بالقتل لوجود البعضية مساواة للأب وجب أن يكونوا في استحقاق النفقة كذلك والله أعلم.

[القول في شروط وجوب نفقة الوالدين]

فصل: فإذا ثبت أن على الولد نفقة والديه ومن علا من جهتهما من جد وجدة فيه بعضية وولادة فوجوبها معتبر بشروط في الوالدين وشروط في الولد.

فأما الشروط المعتبرة في الوالد فثلاثة:

أحدها: الحرية. فإن كان عبداً وجبت نفقته على سيده، وإن كان مكاتباً احتمل وجهين:

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠) وابن ماجه (٢٢٩١، ٢٢٩٢) وأحمد (٢/ ٢٠٤) والشافعي في المسند (١٧٩٢) والبيهقي (٧/ ٤٨٠، ٤٨١) وعبد الرزاق في المصنف (١٦٦٢٨) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٩٤) والطبراني في الصغير (١/ ٨) والرازي في العلل (١٣٩٩، ١٤٠٨، ١٤١٦) والطحاوي في المشكل (٢/ ٢٣٠) والطبراني في الكبير (٧/ ٢٧٩ - ١٠/ ١٠١) والطحاوي في المعاني (٤/ ١٥٨) وابن أبي شيبة (٧/ ١٥٨) وسعيد بن منصور (٢٢٩١) وأبو نعيم في تاريخ أصفهان (٢/ ٢٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٠١) (٥٩٧١) ومسلم (٤/ ١٩٧٤) (١/ ٢٥٤٨).

أحدهما: لا تجب نفقته على ولده كالعبد. لأن أحكام الرق عليه جارية.

والثاني: تجب نفقته على ولده لسقوط نفقته بالكتابة عن سيده، وإن كانت أمة أم ولد لم تجب عليه نفقتها لوجوبها على سيدها.

والشرط الثاني: الفقر فإن كان غنياً بمال أو مكتسباً ببدنه لم تجب نفقته على ولده لأنها موساة تجب مع الحاجة وتسقط مع القدرة على الكفاية.

والشرط الثالث: أن يكون عاجزاً عن الاكتساب ـ أما بنقصان الخلقة كالزمانة، وأما بنقصان الأحكام كالجنون ليكون بعدم المال والعجز بالزمانة أو الجنون صادق الحاجة. فإن كان صحيح البدن غير مجنون ولا زمن ففي وجوب نفقته بالفقر وحده، قولان أشار الشافعي إليهما في كلام محتمل:

أحدهما: تجب نفقته لحاجته.

والثاني: لا تجب نفقته لصحته، واختلف أصحابنا في تخريج هذين القولين في نفقة الولد إذا كان فقيراً بالغاً صحيح البدن والعقل على وجهين:

أحدهما: يكون على قولين كالأب.

والوجه الثاني: لا تجب قولاً واحداً حتى يجتمع مع الفقر عجز بصغر أو جنون أو زمانة قولاً واحداً، وإن كانت نفقة الأب بالفقر وحده على قولين والفرق بينهما أن قوة حرمة الأب على حرمة الولد لسقوط القود عن الأب ووجوبه على الولد فلقوة هذه الحرمة وجب إعفاف الوالد على ولده.

[ما يشترط في الفرع لوجوب النفقة عليه للأصل]

فصل: وأما الشروط المعتبرة في الولد لوجوب النفقة عليه فثلاثة شروط:

أحدها: الحرية. فإن كان الولد عبداً سقطت عنه نفقة والده لعجزه برقه وكذلك لو كان الولد مكاتباً لم تجب عليه نفقة والده، وإن وجبت عليه نفقة نفسه. لأن ماله مستحق في كتابته فصار باستحقاقه فقيراً.

والشرط الثاني: أن يكون قادراً عليها بمال أو كسب بدن ليصير بالقدرة عليها من أهل المواساة بها.

والشرط الثالث: أن يجدها الوالد فاضلة عن قوته وقوت زوجته في يومه وليلته. فإن لم تفضل سقطت عنه وكانت نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأب. لأنها معاوضة، ونفقة الأب مواساة، فأما الدين فغير مؤثر في وجوب النفقة وسقوطها، ولا يكون

اجتماعهما على الدين الواحد شرطاً في الوجوب، ولا اختلافهما فيه موجباً للسقوط فتجب نفقة المسلم على الكافر ونفقة الكافر على المسلم، لوجوبها بالنسب والبعضية كما يثبت العتق بالملك مع اختلافهما في الدين إذا وجدت البعضية وإنما يؤثر في الميراث الذي لا يعتبر في وجوب النفقة، لاستحقاقها على أبي الأم وإن لم يرث.

[القول في إعفاف الولد لوالده]

فصل: وإذا وجبت نفقة الوالد على الولد وجب عليه إعفافه بزوجة أو ملك يمين، ولا يجب على الوالد إعفاف ولده لقوة حرمة الوالد على حرمة الولد فعلى هذا لو كانت للوالد زوجة وجب على الولد أن ينفق عليه وعلى زوجته فإن سقطت نفقة الأب بيساره سقط إعفافه عنه، وإن سقطت نفقته عنه مع فقره لصحته وعقله على أحد القولين ففي وجوب إعفافه عليه إذا احتاج وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة قد سقط عنه إعفافه لسقوط نفقته.

والقول الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي يجب عليه إعفافه وإن لم تجب عليه نفقته، لأنه قد استحق النفقة في بيت المال ولا يستحق فيه الإعفاف.

[القول في نفقة الأم إذا كان لها زوج معسر]

فصل: فأما الأم، إذا كانت ذات زوج قد أعسر بنفقتها لم تجب نفقتها على ولدها ما لم تفسخ نكاحه وإن احتاجت، لوجوبها على الزوج وإن تأخر الاستحقاق بالإعسار لئلا تجمع بين نفقتين بزوجية وبنسب، فلو سقطت نفقتها عن الزوج لنشوزها عليه لم تجب نفقتها على ولدها لأنها قادرة على النفقة بطاعة الزوج، فلو طلقها الزوج وجبت نفقتها على ولدها، وإن كانت في العدة إذا كان الطلاق بائناً، ولم تجب عليه إذا كان رجعياً إلا بعد انقضاء العدة ولو خطبها الأزواج وهي حلية لم تجبر على النكاح وأخذ الولد بنفقتها إلى أن تختار النكاح فتسقط نفقتها عن ولدها بالعقد لا الوجود بها على الزوج

فصل: فإذا كان للرجل ابن وبنت وجبت نفقته على الابن دون البنت كما تجب نفقة الولد على الأب دون الأم، فإن أعسر بها الابن وجبت على البنت، كما تجب نفقة الولد على الأم إذا أعسر بها الأب، وإذا كان ابنان موسران وجبت نفقته عليهما، ولو أعسر بها أحدهما وجبت على الموسر منهما، وإذا كان له ابن وابن ابن وجبت نفقته على الابن دون ابن الابن، فإن أعسر بها الابن وجبت على ابن الابن كما تجب نفقة الولد على الجد إذا أعسر بها الأب، ولو كان له بنت وابن ابن وجبت نفقته على ابن الابن دون البنت، كما تجب نفقة الولد على الجد دون الأم، فإن أعسر بها ابن الابن

كانت على البنت كما تجب نفقة الولد على الأم إذا أعسر بها الجد، فلو كان له ابن بنت وبنت ابن ففيه وجهان:

أحدهما: أن نفقته على ابن البنت، لأنه ذكر.

والثاني: أنها على بنت الابن لإدلائها بذكر ولقوتها بالميراث.

فصل: ولو كان له ابن وولد خنثى مشكل ففيه وجهان:

أحدهما: أن جميع نفقته على الابن فإن بان الخنثى رجلاً رجع عليه بنصف ما أنفق وإن بان امرأة لم يرجع عليها بشيء لأننا على يقين من وجوبها على الابن وفي شك من الخنثى.

والوجه الثاني: أنها على الابن والخنثى نصفين فإن بان الخنثى رجلاً لم يرجع بشيء وإن بان امرأة رجع بما أنفق على الابن، ولو كانت له بنت وولد خنثى مشكل ففيه وجهان:

أحدهما: أن جميعها على الخنثى فإن بان رجلاً لم يرجع بشيء وإن بان امرأة رجع على البنت بنصف ما أنفق.

والوجه الثاني: أنها عليهما فإن بان الخنثى رجلاً رجعت البنت عليه بما أنفقت، وإن بان امرأة لم ترجع عليه بشيء.

فصل: وإذا وجبت نفقة الأبوين على الولد فأيسر بنفقة أحدهما وأعسر بنفقة الآخر ففي أحقهما بها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الأم أحق بها من الأب لقول النبيّ ﷺ «أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك»، ولأنها تفردت بحمله ورضاعه وقامت بكفالته وحضانته فكانت حرمتها آكد وحقها الزم.

والوجه الثاني: أن الأب أحق بالنفقة من الأم لما فيه من التعصيب ولما يرجع إليه من النسب ولما يختص به من التزام نفقته في الصغر.

والوجه الثالث: أنهما سواء فيشترك بينهما فيها والأول أظهرها، فعلى هذه الأوجه الثلاثة لو كان لهما مع الولد ولد ابن موسر تحمل باقي نفقتها حتى يكتفيا، فإن اتفق الولد وولد الولد على أن ينفق أحدهما على أحد الأبوين وينفق الآخر على الآخر صح، وإن اتفقا على الاشتراك في نفقتهما صح، وإن اختلفا رجع إلى خيار الأبوين إذا استوت نفقاتهما، فإن اختلفت النفقات اختص أيسرهما بأكثر الأبوين نفقة وكذلك نفقة الأبوين على الوالدين إذا أيسر كل واحد منهما بنفقة أحدهما وأعسر بنفقة الآخر حملا

في نفقتهما على ما اتفقا عليه، فإن اختلفا حملا على خيار الأبوين إذا استوت نفقاتهما، وإن اختلفت اختص أيسرهما بأكثرهما نفقة.

فصل: ولو كان للوالد ولد ووالد وكلاهما موسر بنفقته ففي أخصهما بالتزامها وجهان:

أحدهما: ولده أحق بالتزام نفقته من والده لأن حقه على ولده أعظم من حقه على والده.

والوجه الثاني: أنهما سواء لاشتراكهما في التعصيب واختصاص كل واحد منهما بطرف ملاصق فوجب أن يشتركا في نفقته والأول أظهر، فعلى هذين الوجهين لو كان له ابن ابن وأب كانت على ابن الابن في الوجه الأول وعلى الأب في الوجه الثاني لا يشتركان فيها، ولو كان له ابن وجد كانت على الابن في الوجهين معاً لقربه على الجد.

[القول في نفقة الأقارب]

فصل: وإذ قد مضى الكلام في وجوب نفقة الوالدين والمولودين على قربهم وبعدهم فهي مقصورة عليهم وساقطة فيمن عداهم من عصباتهم وذوي محارمهم وأرحامهم، وإن اختلف الفقهاء فيمن عدا الوالدين والمولودين على مذاهب شتى.

أحدها: وهو مذهب الإمام الشافعي سقوط نفقاتهم وإن كانوا فقراء زمنى. فلا تجب نفقة الإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وهي أضيق المذاهب فيهم، وإن كان أضيق منه مذهب مالك في اقتصاره على وجوب نفقة الأب دون الأمهات والأجداد، ووجوب نفقة الولد وأولاد الأولاد على الأب وحده دون الأمهات والأجداد.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أنه تجب نفقة كل ذي محرم كالإخوة والأخوات وأولادهما والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهما إذا اتفقوا في الدين، فإن اختلفوا فيه لم تجب نفقاتهم، وأوجب نفقات الوالدين والمولودين مع اتفاق الدين واختلافه.

والمذهب الثالث: وهو مذهب الأوزاعي وبه قال عمر: إن النفقة تجب على جميع العصبات دون ذوي الأرحام من عدا الوالدين والمولودين.

والمذهب الرابع: وهو مذهب أبي ثور أنها تجب لكل موروث وتسقط فيمن ليس بموروث.

والخامس: وهو محكى عن أبي الخطاب، وإن شذ عن الفقهاء أنها تجب على

كل ذي قربى ورحم من قريب أو بعيد. واستدل من نص على قول أبي حنيفة بقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال لا يقبل الله صدقة امرىء وذو رحم محتاج، ولأنه مناسب ذو رحم محرم فوجبت نفقته مع اتفاق الدين كالوالدين والمولودين، قال: ولأنه مال مستحق بالنسب فوجب أن يتجاوز الوالدين والمولودين كالميراث.

واستدل من نصّ على قول الأوزاعي بقول الله عز وجل ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ﴾ [مريم: ٦].

واستدل من نص على قول أبي ثور بقول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣]، واستدل من نص قول أبي الخطاب بقول الله تعالى: ﴿وَآتِ ذَا القُرْبَى حَقَّهُ﴾ [الإسراء: ٢٦].

ودليلنا حديث أبي هريرة أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن معي ديناراً قال: انفقه على نفسك قال: أنا معي آخر قال: انفقه على ولدك قال: إن معي آخر قال: انفقه على زوجتك قال: إن معي آخر قال: انفقه على عبدك قال: إن معي آخر قال: اصنع به ما شئت فكان أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث قال: يقول لك ابنك انفق علي إلى من تكلني وتقول لك زوجتك انفق علي أو طلقني ويقول لك عبدك انفق علي أو بعني، فكان هذا الحديث متوجهاً إلى بيان الأسباب التي تستحق بها النفقة، ولم يذكر سبب ذوي المحارم بخلاف ما قال أبو حنيفة، ولا العصبات بخلاف ما قال الأوزاعي، ولا الورثة بخلاف ما قال أبو ثور، ولا ذوي الأرحام بخلاف ما قال أبو الخطاب. فصاروا محجوجين به، ويدل على ذلك من طريق القياس أن كل من قبلت شهادته له لم تجب نفقته عليه كالأجانب طرداً والوالدين والمولودين عكساً، ولأنها قرابة لا تمنع دفع الزكاة فلم تجب بها النفقة كغير ذوي المحارم طرداً والوالدين والمولودين عكساً، لأنه لا يجوز دفع الزكاة إليهم لغنى بهم بوجوب نفقتهم عليه، ويجوز دفع الزكاة إلى غيرهم فاقتضى أن يكون لفقرهم بسقوط نفقتهم عنه ولأن من لا يلزمه أن ينفق عليه من كسبه لم يلزمه أن ينفق عليه من ماله قياساً على الأباعد، لأنه لا يلزم أن ينفق من الكسب إلا على الوالدين والمولودين دون غيرهم، وعلى أبي حنيفة خاصة. أن كل من لا يلزم الإنفاق عليه مع اختلاف الدين لم يلزم الإنفاق عليه مع اتفاق الدين كبني الأعمام.

فأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بقول الله تعالى ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ فإبهام ما يكون به بعضهم أولى ببعض يمنع من تعيينة في وجوب النفقة، فإن قيل فهو على العموم إلا ما خص بدليل، قيل هذا إضمار وادعاء

العموم في المضمرات لا يصح، على أنها وردت ناسخة للتوارث بالإسلام والهجرة واستحقاقه بالقرابة، وأما قوله «لا يقبل الله صدقة امرىء وذو رحم محتاج» فهو محمول على فضل الصدقة على ذي الرحم لا على وجوب النفقة، لقوله في خبر آخر: «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وعلى ذوي رحمك صدقة وصلة».

وأما قياسه على الوالدين والمولودين، فالمعنى فيهم: منعهم من زكاته ومن الشهادة له.

وأما قياسه على الميراث فالمعنى فيه تجاوزه لذوي المحارم الذي يخالف فيه النفقة. فلذلك خالفته في ذوي المحارم.

وأما استدلال الأوزاعي بقوله تعالى ﴿**فهب لي من لدنك ولياً**﴾ فهو محمول على ما صرح بطلبه من قوله: ﴿**يرثني ويرث من آل يعقوب**﴾، وأما استدلال أبي ثور بقوله تعالى: ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ فقد تقدم الجواب عليه من حمله على أن لا تضار والدة بولدها، وأما استدلال أبي الخطاب بقوله تعالى: ﴿**وآت ذا القربى حقه**﴾ فمحمول على ذوي قربى رسول الله ﷺ، لأنه ضم إليه المسكين وابن السبيل، والله أعلم.

[القول في سقوط نفقته الأقارب بمضي الزمن]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ أَجْبَرْنَاهُ عَلَى النَّفَقَةِ بِعْنَا فِيهَا العَقَارَ».

قال الماوردي: أما النفقة المستحقة للزوجات والأقارب فتجب يوماً بيوم، فإذا دفع نفقة كل يوم فيه ولم يؤخرها عنه فقد قام بالواجب عليه ولم يلزمه المطالبة بنفقة غده قبل مجيئه سواء كان مستحق النفقة زوجة أو مناسباً لترددها بين الوجوب والإسقاط، ولأنها مؤجلة بزمان الاستحقاق وإن أخر النفقة في يوم حتى مضى سقطت بمضي اليوم نفقات الأقارب ولم تسقط نفقات الزوجات وقال أبو حنيفة: تسقط بمضي اليوم نفقات الزوجات كما تسقط نفقات الأقارب إلا أن يحكم بها حاكم.

والدليل على أن نفقات الزوجات لا تسقط بالتأخير وإن سقطت نفقات الأقارب، ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم إما أن ينفقوا أو يطلقوا أو يبعثوا بنفقة ما حبسوا ولم يخالفه في الصحابة أحد. فكان إجماعاً، ولأنه حق يقابل متعتها فلم يفتقد استحقاقه إلى حكم حاكم كأجرة رضاعها، ولأن ما وجب قبضه من الأموال المستحقة لم يسقط بمضي وقته

كالديون المؤجلة، ولا يدخل عليه نفقات الأقارب لأنهم لا يستحقون قبضها، والفرق بين نفقات الأقارب في سقوطها بمضي وقتها وبين نفقات الزوجات في استحقاقها مع فوات وقتها، أن نفقات الأقارب تستحق مواساة لإحياء نفس، فإذا مضى زمانها مع بقاء الحياة سقطت لأن النفس قد حييت، ونفقات الزوجاة تستحق معاوضة في مقابلة الاستمتاع، والأعواض لا تسقط بمضي الزمان.

[القول في الامتناع عن دفع النفقة]

فصل: فإذا ثبت أن نفقات الزوجات لا تسقط بالتأخير وإن سقطت به نفقات الأقارب لم تجب للأقارب نفقة أكثر من يوم واحد وهو يوم المطالبة ووجبت للزوجات نفقات أيام وشهور فإذا طالب الفريقان بالنفقات المستحقة وهي للأقارب يوم واحد، وللزوجات يوم وأكثر أخذ بها المنفق جبراً إن امتنع منها طوعاً وحبس بها إن أقام على امتناعه، وأخذت من ماله عند امتناعه أو غيبته، فإن كان في ماله من جنس النفقة أخذت ولم يتجاوز غير جنسها، فإن لم يوجد فيه من جنس النفقة بيع فيها ما سوى العقار من العروض، لأنه أسهل خلفاً من بيع العقار فإن لم يوجد غير العقار بيع عليه فيها بقدر ما استحق عليه منها.

وقال أبو حنيفة: لا أبيع في النفقة إلا الفضة والذهب دون العرض والعقار، والدليل عليه هو أن كل حق بيع فيه الفضة والذهب جاز أن تباع فيه العروض والعقار كالديون، ولأن ما جاز بيعه في الديون جاز بيعه في النفقات كالفضة والذهب.

فصل: وإذا وجب عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين من جنسها فأراد أن يجعل نفقتها قصاصاً من دينه الذي عليها نظر حالها، فإن كانت موسرة بما عليها جاز للزوج أن يجعل نفقتها قصاصاً، لأن له أن يعطي النفقة التي عليه من أي أمواله شاء، وإن كانت معسرة بالديون لم يجز أن يجعله قصاصاً من نفقتها لأمرين:

أحدهما: أن المعسر بالدين يجب إنظاره إلى ميسرته.

والثاني: أن عليه أن يقضيها بما فضل عن قوت يومه وليلته، فعلى هذا لو كان لها عليه نفقة أكثر من يوم جاز أن يجعل ما زاد على نفقة اليوم قصاصاً ليسارها به واستغنائها عنه.

[القول في إجبار المرأة على إرضاع ولدها]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تُجْبَرُ امْرَأَةٌ عَلَى رَضَاعِ وَلَدَهَا شَرِيفَةٌ كَانَتْ أَوْ دَنِيئَةً مُوسِرَةً كَانَتْ أَوْ فَقِيْرَةً وَأَحْكَامُ اللَّهِ فِيهِمَا وَاحِدَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ليس للأب أن يجبر الأم على رضاع ولدها.

وقال مالك لا جبر لها إن كانت شريفة أو موسرة ويجبرها إن كانت دنية معسرة.

وقال أبو ثور: له إجبارها في الأحوال كلها، لقول الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** [البقرة: ٢٣٣] وهذا أمر يقتضي الوجوب، وما وجب صح فيه الإجبار، ودليلنا قول الله تعالى **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾** [الطلاق: ٦]، وذلك من ألفاظ التخيير فسقط الإجبار، ولأن إجبارها على رضاعه لا يخلو أن يكون لحق الولد أو لحق نفسه، فلو كان لحق الولد لأجبرها عليه بعد الفرقة وليس له ذلك فبطل أن يكون لحق الولد، ولو كان لحق نفسه لأجبرها على رضاع غيره ولكان له إجبارها على خدمته وليس له ذلك فبطل أن يكون لحق نفسه، وإذا بطلا سقط الوجوب وزال الإجبار، وما استدلوا به محمول على الأخبار بخروجه مخرج الخبر دون الأمر.

فصل: فإذا أرادت الأم رضاعه لم يكن للأب منعها لفضل حنوها عليه وإشفاقها، ولاستمرائه لبنها، ولإدراره عليه أكثر من غيرها، وقال أبو حامد الإسفراييني: له منعها من رضاع ولدها لما استحقه من اتصال الاستمتاع بها إلا ما استثناه العرف من أوقات النوم والأكل والشرع من أوقات العبادات، وما عداها دين وحق له ووقت الرضاع منه، فكان له كفها عنه، والصحيح أن ينظر في سبب المنع، فإن كان لأجل الاستمتاع وفي أوقاته كان له منعها من رضاعه، لأنه يقصد الضرر إذا منع لغير الاستمتاع، ولا يقصد إذا منع للاستمتاع، فإذا مكنها وأرضعته فقد اختلف أصحابنا هل يستحق لأجل رضاعه زيادة في نفقتها. على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها تستحق زيادة في نفقتها، لأنها تحتاج في الرضاع إلى زيادة غداء.

والوجه الثاني: لا حق لها في الزيادة لأن نفقتها غير مقدرة بالكفاية وإنما هي معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره، وكذلك سوى فيها بين الرغيبة والزهيدة، وإن كانت الرغيبة أكثر أكلاً وأقل صبراً.

[القول في إجارة المرأة للرضاع]

فصل: ولا يجوز أن تؤجر الزوجة نفسها لرضاع غير ولدها ولا لخدمة غير زوجها لاستحقاق منافعها في استمتاع الزوج بها، فصارت كمن أجر نفسه شهراً لخدمة زيد ثم أجر نفسه في ذلك الشهر لخدمة عمر ولم يجز لاستحقاق منافعه وبالعقد المتقدم، وكذلك لو أرادت التطوع برضاع غير ولدها وخدمة غير زوجها لم يجز، ولو أجرت

نفسها لرضاع ولدها وخدمة زوجها لم يجز، ولو تطوعت بهما جاز، لأنها بالإجارة معاوضة بالأجرة، وقد ملكت عوض منافعها بالنفقة فلم تجمع بين عوضين في عين، وهي بالتطوع غير معاوضة وإنما بذلت زيادة منفعه وعلى هذا لو خاطت له ثوباً لم تستحق عليه أجرة لأنه لا يصح أن يستأجرها على خياطته صارت متطوعة به.

[القول في طلب المرأة إرضاع ولدها]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا طَلَبَتْ رَضَاعَ وَلَدِهَا وَقَدْ فَارَقَهَا زَوْجُهَا فَهِيَ أَحَقُّ بِمَا وَجَدَ الأَبُ أَنْ يُرْضِعَ بِهِ فَإِنْ وَجَدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ فَلَيْسَ لِلأُمِّ أُجْرَةٌ وَالقَوْلُ قَوْلُ الأَبِ مَعَ يَمِينِهِ (وقَالَ) فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ أَرْضَعَتْ أَعْطَاهَا أَجْرَ مِثْلِهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ لِقَوْلِ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾** [الطلاق: ٦].».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الأم لا يجبرها الأب على رضاع ولدها مع بقاء الزوجية فكان أولى أن لا يجبرها على رضاعه بعد الفرقة، لأنه لما ضعف عن الإجبار مع استحقاقه لمنافعها كان أولى أن يضعف عنه مع سقوط حقه منها، وإن طلبت رضاعه لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تطلبه متطوعة بغير أجرة فهي أحق برضاعه، وليس للأب انتزاعه منها لقول الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** [البقرة: ٢٣٣] ولقول النبي ﷺ: «لا توله والدة عن ولدها»[(١)]؛ ولأنها أحن عليه وأشفق، ولأن لبنها أدر عليه وأوفر. ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيره.

والقسم الثاني: أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل، فالأب أحق به ليسترضع له غيرها بأجرة المثل، لقول الله تعالى: **﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾** [الطلاق: ٦] وفي تعاسرتم تأويلان:

أحدهما: تضايقتم.

والثاني: اختلفتم. وفي طلبها أكثر من أجرة المثل تعاسر فجاز للأب أن يعدل به إلى غيرها، ولأن طالب الزيادة في حكم الممتنع. كالعادم الماء إذا بذل له بأكثر من ثمنه، فلو كانت ذات لبن لا يستغني عنه المولود وليس يوجد لبن من غيرها أخذت

---

(١) أخرجه البيهقي٨/ ٤ والبخاري في التاريخ (٦/ ٤٧٧) وابن عدى (٦/ ٢٤١٢) وانظر نصب الراية (٣/ ٢٦٦، ٢٦٩) والتلخيص (٣/ ١٥).

جبراً بإرضاع اللبن حفظاً لحياة الولد، وأعطيت أجرة المثل، ولو قيل لا أجرة لها لأنه حق قد تعين عليها وعجز الأب عنه فجرى مجرى نفقته إذا أعسر الأب وأيسرت لكان له وجه:

والقسم الثالث: أن تطلب رضاعه بأجرة المثل فللأب ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا يجد غيرها إلا بأجرة المثل، فالأم أحق لفضل حنوها وإشفاقها ولإدرار لبنها عليه،

والحالة الثانية: أن يجد متطوعاً برضاعه ففيه قولان:

أحدهما: وهو المستور في هذا الموضع وبه قال أبو حنيفة أن الأب أحق به ليسترضع له من تطوع لقوله تعالى: ﴿**وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى**﴾ ولأن رضاعه من حقوق المواساة التي تسقط بالاستغناء عن الغرم لنفقة الولد لو تطوع بها متطوع سقط غرمها عن الأب.

والقول الثاني: حكاه المزني عنه أنه قال في موضع آخر: أن الأم أحق برضاعه بأجرة المثل أن وجد الأب متطوعاً لقول الله تعالى: ﴿**فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن**﴾، ولأن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ عليه فصارت به أحق.

والحال الثالثة: أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجرة المثل فينظر في قدر نقصان الأجرة، فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق، لأن نقصان الأجرة يعتبر في مقابلة نقصان اللبن، وتترجح الأم لفضل حنوها، وإن كان النقصان من أجرة المثل أكثر من فضل الإدرار والاستمراء كان على قولين، كما لو وجد متطوعاً. فإن أكذبته الأم أنه قد وجد متطوعاً حلف لها فإن نكل عن اليمين ردت عليها فإذا حلفت صارت أحق برضاعه بأجرة مثلها. والله أعلم.

بَابُ أَيِّ الوَالِدَيْنِ أَحَقُّ بِالوَلَدِ مِنْ كُتُبٍ عِدَّةٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ هِلاَلِ بْنِ أَبِي مَيْمُونَةَ عَنْ أَبِي مَيْمُونَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيَّرَ غُلَاماً بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَمَا جَاءَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ خَيَّرَ غُلَاماً بَيْنَ أَبَوَيْهِ وَعَنْ عِمَارَةَ الجُرْمِيِّ قَالَ خَيَّرَنِي عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَيْنَ أُمِّي وَعَمِّي ثُمَّ قَالَ لأَخٍ لِي أَصْغَرَ مِنِّي وَهَذَا أَيْضاً لَوْ قَدْ بَلَغَ مَبْلَغَ هَذَا خَيَّرْتُهُ وَقَالَ فِي الحَدِيثِ وَكُنْتُ ابْنَ سَبْعٍ أَوْ ثَمَانِ سِنِيْنٍ».

قال الماوردي: اعلم أن افتراق الأبوين إذا كان بينما ولد لا يخلو حاله معهما من أربع أحوال:

إحداها: حال رضاع.

والثانية: حال حضانة.

والثالث: حال كفالة.

والرابع: حال كفاية.

أما الحالة الأولى وهي الرَّضاع فقد ذكرناه، وقدره الشرع بحولين إلاَّ أن يتراضى الأبوان على الزيادة والنقصان فيعمل على تراضيهما فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعاً والأم أحق برضاعه على ما وصفناه.

وأما الحالة الثانية: وهي الحضانة، فهي ترتيبه ومراعاة مصلحته في وقت يعجز ولا يميز بين ضرها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين فتمضي الأم بحضانته، ويغرم الأب بنفقته، لما رواه ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ بابن لها فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له شفاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، ويريد أن ينتزعه مني، فقال: رسول الله ﷺ كنت أحقَّ به ما لم تنكحي فانطلقت به ولأنَّ الأم بتربية ولدها أحن وعليه أجبن لما جبلت عليه من فضل الميل إلى الأولاد وكثرة الحنو والإشفاق، ولأن النساء

أخص بآلة التربية من الرجال فصارت الأم لذلك أحق لحضانته من الأب مع تكافئهما في الأمانة والسلامة

فصل: **وأما الحالة الثالثة:** فهي الكفالة فهي حفظه ومعونته عند تمييزه وقبل كمال قوته، وذلك بعد سبع، أو ثماني سنين إلى أن يتكامل تمييزه، وقوته فالبلوغ، فقد اختلف الفقهاء في أي أبويه أحق بكفالته بعد السبع؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي أن الولد يخير بينهما فيكون مع من اختاره منهما سواء كان غلاماً أو جارية، اختار أباه أو أمه.

والمذهب الثاني: وهو مذهب مالك أن الأم أحق بالغلام والجارية من غير تخيير.

والمذهب الثالث: وهو مذهب أبي حنيفة: أن الأم بالجارية والأب أحق بالغلام، وإذا أكل وشرب ولبس بنفسه استدلالاً بأن للولد حقين: حق نظر على ماله، وحق تدبير لبدنه، فلما لم يرجع إلى خياره على ماله، فأولى ألا يرجع إلى خياره في تدبير بدنه، لأن حرمة النفس أغلظ من حرمة المال، ولأن مقاصد الصبي جاذبة إلى ما يوافق اللهو واللعب، فكان تخييره داعياً إلى ضرره وباعثاً على فساده؛ ولأن قول الصبي لا يجري عليه حكم، فلم يكن لتخييره حكم.

ودليلنا ما تقدم في صدر الباب من حديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه.

وقد روي من طريق آخر عن أبي هريرة قال: كنت جالساً عند النبي ﷺ فجاءته امرأة فقالت: يا رسول الله: إن هذا ولدي وإنَّ أباه يريد أن يذهب به، وإنه سقاني من بئر أبي عنبه وقد نفعني فقال الأب من يحاقني في ولدي فقال النبي ﷺ للغلام: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه. فانطلقت به.

وحديث عمر وعلي رضي الله عنهما دليل أيضاً على ما ذكرناه ولا مخالف لهما فدلَّ على ثبوت حكم التخيير بين الولد ووالديه من غير فصل بين الذكر والأنثى فإنْ قيل: إنه محمول على التخيير بعد البلوغ، فهو باطل من وجهين:

أحدهما: أن التخيير بعد البلوغ غير مستحق فلم يجز حمله عليه.

والثاني: حديث عمارة أن علياً عليه السلام خيره بين أمه وعمه، وهو ابن سبع أو ثمانٍ، وقال لأخ هو أصغر منه: وهذا أيضاً لو قد بلغ خيرته، فَعُلِمَ أن بلوغ هذا السن حدَّ لزمان التخيير.

فإن قيل: فحمله على التخيير يرضى الأبوين لم يجز من وجهين:

أحدهما: تنازع الأبوين فيه وترافعهما إلى رسول الله ﷺ وليس مع الرضا تنازع.

والثاني: أن الأب أنكر على الأم نزاعها وقال من يحاجني في ولدي، وهذا خروج عن حدِّ التراخي ولأن المقصود بالكفالة هو طلب الحظ للولد، وهو مع ظهور تمييزه أعرف بحظه، فوجب أن يرجع إلى خياره، لأنه قد عرف من برّهما ما يدعوه إلى أبرّهما؛ ولأن أبويه قد استويا فيه فوجب أن يرجع إلى الترجيح بينهما كالمتداعيين داراً إذا كانت في أيديهما وجب مع تساويهما أن يرجع إلى الترجيح بينهما، وليس للترجيح بين الأبوين وجه غير تخيير الولد، ولأن النبي ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشرٍ» فخالف في حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها، فوجب أن يكون حكمه في الكفالة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

واستدل أبو حنيفة على الفرق بين الغلام والجارية بأن النساء أعرف بتدبير البنات من الرجال فكانت الأم أحقّ بالبنت، والرجال أقوم بتعليم البنين وتخريجهم فكان الأب أحق بالابن.

وأما الجواب على اعتبارهم بالنظر في المال فهو أنه قد عرف حال نفسه مع أبويه، فجاز أن يرجع إلى تخييره بينهما، ولم يعرف حال ماله فلم يكن له فيه تخيير.

وأما قولهم بأن تخييره يفضي إلى فساده، فالجواب عنه أن تخييره في الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتقويمه وتعليمه، وقولهم: إنه لا حكم لقوله، فهو أن لا يحكم لقوله في الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة ويحكم بقوله في المصالح كما يحكم بقوله في الإذن وقبول الهدية، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلي بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال في الصلاة، ولو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه فكان تخييره في حق نفسه أولى.

فأما فرق أبي حنيفة بين الغلام والجارية؛ فلأن كانت الأم أعرف بتدبير البنات فالأب أقوم بمصالحهن؛ ولئن كان الأب أعرف بتعليم البنين فليس يمنع من تعليمه إذا اختار أمه.

فصل: **وأما الحالة الرابعة**: وهي حال الكفاية. فهي بعد بلوغ الغلام والجارية لاكتفائهما بأنفسهما عند كمال التمييز والقوة فتزول الكفالة عنهما بالبلوغ ولكل واحد من الغلام والجارية أن ينفرد بنفسه ويعتزل أبويه.

قال الشافعي؛ «وأكرَهُ للجارية أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لئلا يسبق إليها ظنه، ولا تتوجه إليها تهمة، وإن لم تجبر على المقام معهما».

وقال أبو حنيفة: لا تزول الكفالة حتى تتزوج وتخير بعد البلوغ على المقام مع

من شاءت من أبويها، وتزول عنها الكفالة بالتزويج؛ لأن الزوج أحق بها، فإن طُلِّقت قبل الدخول أو بعده لم تعد الكفالة عليها، وأقامت حيث شاءت وقال مالك: يجب على الجارية أن تقيم مع الأم حتى تتزوج، فإن طلّقت قبل الدخول عادت الكفالة عليها للأم وبنى أبو حنيفة، ومـالك ذلك على أصلهما في بقاء النفقة لها حتى تتزوج.

والشافعي يسقط نفقتها بالبلوغ فأسقط الكفالة عنها بالبلوغ واستبقى مالك الحجر على مالها حتى تزوج وجعل حجر الكفالة تبعاً لمالها، وفيما مضى معها من الكلام فيما جعلاه أصلاً لغاية عن تجديد الاحتجاج، ثم يقال لهما لما استوى حكم الغلام والجارية في ثبوت الكفالة قبل البلوغ وارتفاعها بعد الترويج، وجب أن يستويا فيما بين البلوغ والتزويج والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا اسْتَكْمَلَ سَبْعَ سِنِينَ ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ يَعْقِلُ عَقْلَ مِثْلِهِ خُيِّرَ وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ القَدِيْمِ إِذَا بَلَغَ سَبْعاً أَوْ ثَمَانِ سِنِيْنٍ خُيِّرَ إِذَا كَانَتْ دَارُهُمَا وَاحِدَةً وَكَانَا جَمِيْعاً مَأْمُونَيْنِ عَلَى الوَلَدِ فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَيْرَ مَأْمُونٍ فَهُوَ عِنْدَ المَأْمُونِ مِنْهُمَا حَتَّى يَبْلُغَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ثبت تخيير الولد بين أبويه في زمان الكفالة وبعد خروجه من حد الحضانة، فهو معتبر بشروط في الولد وشروط في الأبوين، فأما الشروط المعتبرة في الولد فثلاثة:

أحدها: الحرية فإن كان عَبْداً فلا كفالة لأبويه سواء كانا حرين أو مملوكين، وسيده أحق به ملكاً لا كفالة، وعليه أن يقوم له بما عجز عنه، فإن كانت أُمه ملكاً لسيده لم يجز أن يفرق بينهما في زمان الحضانة وفي جواز التفرقة بينهما في زمان الكفالة ما بين سبع والبلوغ على قولين، وإنْ كان أبوه ملكاً لسيده، ففي إجراء حكم الأم عليه في المنع من التفرقة بينهما وجهان. فلو بعض الولد حراً وبعضه مرقوقاً خيّر بين أبويه بما فيه من الحرية إذا كانا حرين فإذا اختار أحدهما اجتمع مع سيده المالك لرقه على ما يتفقان عليه في كفالته من اشتراك فيها أو مهاياة عليها أو استنابة فيها، فإن تنازعا اختار الحاكم لهما أميناً ينوب عنهما في كفالته.

والشرط الثاني: أن يميز ويعقل عقل مثله ليكون متصوراً حظ نفسه في الاختيار، فإن كان مخبولاً أو مجنوناً لا يميز بين منافعه ومضاره لم يخير، وكان مع أمه كحاله في زمان الحضانة، فإن كان مريضاً لم يمنع المرض من تخييره لصحة تمييزه ومعرفته بحظ نفسه.

والشرط الثالث: انتهاؤه إلى السنِّ التي يستحق التخيير فيها قال الشافعي: هاهنا

في سبع سنين، وقال في كتاب عشرة النساء من النكاح القديم، إذا بلغ سبعاً أو ثماني سنين خير وليس ذلك على اختلاف قولين، وإنَّما هو على اختلاف حالين في مراعاة أمره في ضبطه وتحصيله ومعرفته أسباب الاختيار، فإنْ تقدم ذلك فيه ووجد لسبع لفرط ذكائه، وإن تأخر لبعد فطنته خيّر في الثامنة عند ظهور ذلك فيه ويكون موكولاً إلى رأى الحاكم واجتهاده عند الترافع إليه.

فصل: وأما الشروط المعتبرة في الأبوين فخمسة يشترك الأبوان فيها وسادس تختص به الأم وسابع مختلف فيه.

أحدها: الحرية، لأن الرق يمنع من استحقاق الولاية، ويرفع الحجر في حق السيد، فإن كان الأب حُرّاً والأم أَمة، أو أم ولد فالكفالة للأب دون الأم، وإنْ كانت الأم حُرَّةً والأب عَبْداً أو مكاتباً فالكفالة للأم دون الأب، ولو كان أحدهما كامل الرق، والآخر بعضه حر وبعضه رقيق فلا كفالة لواحد منهما، ولو كان أحدهما كامل الحرية والآخر بعضه حرٌ وبعضه مرقوق، فالكفالة لمن كملت فيه الحرية دون من تبعضت فيه.

فإن قيل: فقد أسقطتم كفالة من رق بعضه، ولم تسقطوا تخيير الولد إذا رق بعضه. قيل: لوقوع الفرق بينهما بأن الكفالة ولاية تسقط بقليل الرق، وتخيير الولد لطلب حظه فلم يمنع رق بعضه من طلب حظه في بقية حريته، فإن عتق المرقوق وصار حُرّاً استحق الحصانة، ونازع فيها من كانت له.

فصل: والشرط الثاني: العقل الذي تصح به الولاية، وتقوم معه بالكفالة، فإن كان أحدهما مجنوناً أو معتوهاً أو مخبولاً فلا كفالة له لأنه قد صار مكفولاً، فلم يجز أن يكون كاملاً، فلو طرأ عليه بعد استحقاق الكفالة خرج منها، فأما الذي يُجنُّ زماناً، ويفيق زماناً، فلا كفالة له، لأنه في زمان الجنون زائل الولاية وفي زمان الإفاقة مختل التدبير، وربما طرأ جنونه على عقله لا يؤمن معه على الولد إلاَّ أن يقل جنونه في الأحيان النادرة، ولا يؤثر في التمييز بعد زواله، فلا يمنع من الكفالة.

وأما المرض فإن كان طارئاً يرجى زواله لم يمنع من استحقاق الكفالة، وإن كان ملازماً كالفالج والسل المتطاول نظر فيه، فإن أثر في عقله أو تشاغل بشدة ألمه فلا كفالة له لقصوره عن مراعاة الولد وتربيته، وإن أثر في قصور حركته مع صحة عقله وقلة ألمه روعيت حاله فإن كان ممن يباشر كفالته بنفسه سقط حقه منها لما يدخل على الولد من التقصير فيها وإن كان ممن يراعى بنفسه التدبير، ويستنيب فيما تقتضيه المباشرة. كان على حقه من الكفالة وسواء كان أباً أو أماً، فلو أفاق المجنون وبرأ المريض عاد إلى حقهما من الكفالة.

فصل: والشرط الثالث: الإسلام في الولد المسلم فإن كان أحد أبويه كافراً سقطت كفالته بكفره وقال أبو سعيد الإصطخري لا تبطل كفالته بكفره وحكاه ابن أبي هريرة عن أبي حنيفة استدلالاً برواية عبد الحميد بن جعفر قال: أخبرني أبي عن رافع بن سنان: أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي، وقال رافع ابنتي فقال ﷺ لرافع: «اقعد ناحية» ولها: «اقعدي ناحية» وأقعد الصبية بينهما وقال: ادعواها، فمالت إلى أمها، فقال النبي ﷺ: اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها.

فدل على أن الكفر لا يسقط الكفالة.

قالوا: ولأن الكافر متدين باعتقاده فكان مأموناً على ولده وهذا خطأ؛ لقول الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ولقول النبي ﷺ: أنا بريء من كل مسلم مع مشرك، ولأن افتراق الأديان يمنع من ثبوت الولاية كما يمنع منها على المال، وفي النكاح ولاية لا يؤمن أن يفتنه عن دينه وربما ألف من كفرها ما يتعذر انتقاله عنه بعد بلوغه.

فأما الاستدلال بالخبر، فهو ضعيف عند أصحاب الحديث ولو صح لكان الجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المقصود به ظهور المعجزة باستحبابه دعوته.

والثاني: أنها كانت فطيماً، والفطيم لا يخير.

والثالث: أنه دعا بهدايتها إلى مستحق كفالتها لا إلى الإسلام لثبوت إسلامها بإسلام أبيها فلو كان للأم حق لأقرها علي، ولما دعا بهدايتها إلى مستحقها.

وقولهم: إن الكافر مأمون على ولده.

قيل: هو وإن كان مأموناً على بدنه فغير مأمون على دينه، وحظه في الدين أقوى، فلو أسلم الكافر منهما عاد إلى كفالته، ولو ارتد المسلم سقطت كفالته.

فصل: والشرط الرابع: الأمانة بوجود العدالة، وعدم الفسق؛ لأن العدالة شرط في استحقاق الولاية فكانت شرطاً في استحقاق الكفالة ولأن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح ولده أشبه، ولأنه ربما اقتدى الولد بفساده لاقترانه به ونشوئه معه، والعدالة المعتبرة فيه عدالة الظاهر المعتبرة في ولاية النكاح، ولا يراعى عدالة الباطن المعتبرة في قبول الشهادة ليكون بعدالة ظاهره مأموناً على ولده قيماً بمصالحه فلو صار بعد فسقه عدلاً استحق الكفالة، ولو فسق بعد عدالته خرج من الكفالة ويستوي فيه الأبوان، فلو ادّعى أحدهما فِسْق صاحبه لينفرد بالكفالة مَن غير

تخيير لم يقبل قوله فيه، ولم يكن له إحلافه عليه، وكان على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعي الفسق بينة عليه فيثبت بها فسقه، وتسقط بها كفالته.

فصل: والشرط الخامس: اجتماع الأبوين في وطن واحد لا يختلف بهما بلد ليتساويا في الولد ويتساوا بهما حال الولد، فإن سافر أحدهما فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون سفر الحاجة إذا نجزت عاد، فالمقيم منهما أبا كان أو أماً أحق بكفالته ابناً كان أو بنتاً، لأن المقام أودع والسفر أخطر.

والضرب الثاني: أن يكون سفره لنقلة يستوطن فيها بلداً غير بَلَد الآخرَ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسافة ما بين البلدين قريبة لا يقصر في مثلها الصلاة؛ لأنها أقل من يوم وليلة فلا يمنع من الكفالة ولا يسقط به تخيير الابن سواء انتقل أبوه أو أمه، ويخير بينهما، فأيهما اختاره كان أحق بكفالته سواء اختار المقيم منهما أو المتنقل أباً كان أو أماً؛ لأن قرب المسافة كالإقامة في انتفاء أحكام السفر وجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت، فحاله لم يمنع التنقل فيه من استحقاق الكفالة.

والضرب الثاني: أن تكون مسافة ما بين البلدين بعيدة يقصر في مثلها الصلاة، فالأب أحق بكفالة ولده لحفظ نسبه من الأم، سواء كان هو المقيم أو المنتقل.

وقال أبو حنيفة: إن انتقل الأب فالأم أحق بكفالته وإن انتقلت الأم نُظِر في انتقالها، فإن كانت من قرية إلى بلد كانت الأم أحق بكفالته ، وإن كان انتقالها من بلد إلى قرية كان الأب أحق بكفالته، لفضل البلدان على القرى بما فيها من صحة الأغذية وظهور التأديب وصحة التعليم والتقويم، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان هذا المعنى معتبراً في انتقال الأم لوجب اعتباره في انتقال الأب.

والثاني: أن حفظ نسبه الذي لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والآداب.

فهذه الشروط الخمسة التي يشترك الأبوان في اعتبارهما فيهما.

فصل: والشرط السادس: المختص بالأم أن تكون خلية من زوج.

وقال الحسن البصري: لا اعتبار بهذا الشرط، ولا يمنع من استحقاقها الكفالة استدلالاً بأن رسول الله ﷺ لما زوج أم سلمة أقرّها على كفالة بنتها زينب، وجعل كفالة بنت حمزة لخالتها وزوجها جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه، وهذا خطأ لقول النبي

ﷺ للمنازعة في حضانة ولدها: أنت أحق به ما لم تنكحي، ولأن النكاح يمنع من مقصود الكفالة لاشتغالها بحقوق الزوج، ولأن الزوج منعها من التشاغل بغيره، ولأن على الولد وعصبته عار في المقام مع زوج أمه فأما أم سلمة فأقرها رسول الله ﷺ على كفالة بنتها، لأنه لم يكن من عصبتها نزاع ورسول الله ﷺ أفضل الخلق والمضموم إليه أفضلهم نشأً فخالف من علاه وإقراره بنت حمزة مع خالتها وزوجها جعفر، فقد قيل: إنه قضى بها لجعفر ترجيحاً لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحاً لجعفر، لأنه ابن عمها، فعلى هذا لو كان زوج الأم عصبة للولد، فإن منعها من الكفالة سقط حقها، وإن أذن لها في الكفالة ومكنها من القيام بها ففيه وجهان:

أحدهما: تستحق الكفالة لزوال السبب المانع بالتمكين وانتفاء العار بامتزاج النسب.

والوجه الثاني: لا كفالة لها لعموم الخبر، ولما يجذبها الطبع إليه من التوفر على الزوج، ومراعاة أولادها منه إن كانوا.

فصل: والشرط السابع المختلف فيه: أن يوجد من كل واحد من الأبوين شروط الكفالة، ويُفَضَّل أحدهما على الآخر بزيادة في الدين أو زيادة في المال أو زيادة في المحبة ففيه وجهان:

أحدهما: أن هذا شرط معتبر يسقطه التخيير وتكون الكفالة وفضلهما لظهور الحظ فيه للولد.

والوجه الثاني: أنهما في الكفالة سواء، ولا يترجح أحدهما بزيادة فضيلة إذا خلا من نقص لأن الحق في الكفالة مشترك بين الكافل والمكفول، فلم يسقط حق الكافل بالزيادة في حق المكفول.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من شروط الكفالة في الأبوين، لم يخل حالهما فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتنازعا فيها.

والثاني: أن يتدافعا عنها.

والثالث: أن يسلمها أحدهما إلى الآخر.

فأمّا القسم الأول وهو أن يتنازعا فيها ويطلبها كل وَاحِدٍ منهما فيخير الولد بينهما، ويتولى الحاكم تخييره، لأن التنازع إليه ونفوذ الحكم منه.

وللولد في التخيير ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يختار أحدهما فيكون من اختاره أحقَّ بكفالته أباً كان أو أماً.

والحال الثانية: أن يختارهما فلا يجتمعان فيه مع التنازع، ويقرع بين الأبوين فأيهما قرع كان أحق بكفالته، لأنه قد ترجح بالقرعة مع التساوي في الاختيار.

والحال الثالثة: ألا يختار واحداً منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما، ويكفله من قرع منهما.

والوجه الثاني: أن الأم أحق بكفالته لاستحقاقها لحضانته وإن لم يختر غيرها لكفالتها، وهو أشبه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يتدافعا كفالته ويمتنعا منها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بعدهما من يستحق كفالته كالجد بعد الأب والجدة بعد الأم، فيخرجان بالتمانع منها وتنتقل الكفالة إلى من بعدهما ويخير الولد بينهما إذا تكافأت أحوالهما، لأن حق الولد بتمانع الأبوين محفظ بغيرهما.

والضرب الثاني: أن لا يكون بعدهما مستحقاً لكفالته لتفرد الأبوين به ففيه وجهان:

أحدهما: يكون الولد على خياره ويجبر من اختاره على كفالته؛ لأن في الكفالة حقاً لهما وحقاً عليهما، فإذا سقط بالتمانع حقهما لم يسقط به حق الولد عليهما ولو كان هذا التمانع في وقت الحضانة وقبل الانتهاء إلى وقت التخيير في الكفالة أقرع بينهما، وأجبر عليها من قرع منها، لقول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: ٤٤] وفيه تأويلان:

أحدهما: أنهم اختصموا تنازعاً لكفالتها فتساهموا عليها.

والثاني: أنهم اختصموا تدافعاً لكفالتها فاستهموا فدل على دخول القرعة في الحالين عند التنازع والتدافع.

والوجه الثاني: أنه يجبر عليها من وجبت عليه النفقة منهما لوجوبها عليه لقوة سببه.

وأما القسم الثالث: وهو أن يسلم أحدهما كفالته إلى الآخر فيكون من سلم إليه أحق بكفالته، ويسقط تخيير الولد فيها فإن عاد بعد التسليم مطالباً بها عاد إلى حقه منها، فإن تنازعا بعد عوده فالقسم الأول. ولو جعلت الكفالة لأحدهما باختيار الولد فدفعها عن نفسه إلى الآخر، فإن دفعها الآخر عن نفسه فكالقسم الأول وإن قبلها فكالقسم الثالث والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا افْتَرَقَ الأَبَوَانِ وَهُمَا فِي قَرْيَةٍ وَاحِدَةٍ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِالوَلَدِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ وَعَلى أَبِيْهِ نَفقَتُهُ وَلاَ يُمْنَعُ مِنْ تَأْدِيْبِهِ وَيَخْرُجُ الغُلاَمُ إِلَى الكُتَّابِ أَوْ الصِّنَاعَةِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِهَا وَيَأْوِي إِلَى أُمِّهِ».

قال الماوردي: قد فرقنا بين زمان الحضانة وزمان الكفالة، وأن الحضانة فيما دون السبع، وتكون الأم أحق فيها بالولد، والكفالة مستحقة على الأب سواء اختاره الولد أو اختار أمه، وكذلك ما احتاج إليه الولد من تعليم وتأديب، لأنه من مصالح الولد التي يجب عليه القيام بها وزمان التعليم في إسلامه إلى الكتاب أو الصناعة بحسب عادته وعرف أهله مختص بالبنين دون البنات وزمانه معتبر بحال الولد فإن كان فطناً ذكياً قدم في زمان الحضانة إذا بلغ خمساً أو ستاً، وإن كان بليداً ضعيف التخيير أُخِّر إلى زمان الكفالة إذا بلغ سبعاً أو ثمانياً، فإذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة ومثله من يُخْدَم قام الأب بمؤونة خدمته إما باستئجار خادم أو ابتياعه على حسب عادة أهله وعرف أمثاله، ولا يلزم الأم مع استحقاقها لحضانته أنْ تقوم بخدمته إذا كان مثلها لا يخدم لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة، والخدمة إذا وجبت فهي مستحقة للغلام والجارية، وإن كان التعليم والتأديب مختصاً بالغلام دون الجارية، وتختص الجارية بأن تؤخذ بالخفر والصيانة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنِ اخْتَارَ أَبَاهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ أُمَّهُ وَتَأْتِيْهِ فِي الأَيَّامِ وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً لَمْ تُمْنَعْ أُمُّهَا مِنْ أَنْ تَأْتِيْهَا».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال الولد المكفول من أن يكون غلاماً أو جارية، فإن كان غُلاماً فله حالتان:

إحداهما: أن يختار أمه فيأوي في الليل إليها ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة أو في الكتاب إن كان من أهل التعليم وليس للأم أن تقطعه في النهار إليها؛ لما يدخل عليه من الضرر في تعطيله عن تعليم أو صناعة.

والحال الثانية: أن يختار أباه فهو أحق به ليلاً ونهاراً؛ ليأوي في الليل إليه ويكون في النهار متصرفاً بتدبير أبيه، إما في كتاب يتعلم فيه، وإمَّا في صناعة يتعاطاها وعليه أن ينفذه إلى زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة، وإن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يَدْخُلَ عليها في كل يوم ليألـف برها، ولا يمنعه منها فيألف العقوق وإن كانت جارية: فلها حالتان:

إحداهما: أن تختار أمها فتكون أحق به ليلاً ونهاراً بخلاف الغلام، لأن الجارية

من ذوات الخفر فتمنع من البروز ليلاً ونهاراً لتألف الصيانة ولأبيها إذا أراد زيارتها أن يدخل عليها مشاهداً لها ومتعرفاً لخبرها، لتألفه ويألفها، ولا يطيل، وليكن مع الأم عند دخول الأب لزيارة بنته ذو محرم أو نساء ثقات لتنتفي ريبة الخلوة بعد تحريم الطلاق.

والحال الثانية: أن تختار أباها فتكون معه وعنده ليلاً ونهاراً فإن أرادت الأم زيارتها دخلت عليها ولزم الأب أن يمكنها من الدخول عليها ولا يمنعها فتوله والدة على ولدها، وقد نهى عنه، وينظر حال الأب عند دخول الأم على بنتها، فإن كان خارجاً جاز أن تدخل الأم وحدها، وإن كان مع بنته في داره لم تدخل إلا مع امرأة ثقة لينتفي عنهما التهمة، ولا يحصل بينها وبين من حرمت عليه خلوة، وليس للأم إذا أرادت زيارتها أن يخرجها إليها، لأنها من ذوات الخفر فتمنع من الخروج حتى لا تألف التبرج.

فإن قيل: فالأمر بهذه الحالة، فكيف تكون هي الخارجة إلى بنتها ولا تكون البنت خارجة إليها.

قيل: لأن الحذر على البنت أكثر وحالها في الصغر أخطر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَعْلَمُ عَلَى أَبِيْهَا إِخْرَاجَهَا إِلَيْهَا إِلاَّ أَنْ تَمْرَضَ فَيُؤْمَرَ بِإِخْرَاجِهَا عَائِدَةً وَإِنْ مَاتَتْ البِنْتُ لَمْ تُمْنَعِ الأُمُّ مِنْ أَنْ تَلِيْهَا حَتَّى تُدْفَنَ وَلاَ تُمْنَعَ فِي مَرَضِهَا مِنْ أَنْ تَلِي تَمْرِيضَهَا فِي مَنْزِلِ أَبِيْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا مرضت الأم وجب على الأب إخراج بنتها لتزورها زيارة العائد، ولئن كانت ممنوعة من البروز لتألف الخفر، فهذه حالة ضرورة يتسع حكمها، وتعودُ البنت إلى منزل أبيها بعد تقضي زمان العيادة، لأنه ليس فيها مع الصغر فاضل لتمريض الأم، فانصرفت بعد العيادة، فإن ماتت الأم أقامت عندها حتى توارى ومنعها من اتباع جنازتها وزيارة قبرها لما فيها من التبرج، لقول النبي ﷺ: «لعن اللَّهُ زورات القبور» فلو مرضت البنت في منزل أبيها كانت الأم أحق بتمريضها من الأب لأمرين:

أحدهما: أن النساء بتعليل المرض أقوم من الرجال.

والثاني: أنها تصير بضعف المرض كالعائدة إلى حال الصغر، والأم أحق بها في صغرها من الأب فإذا أرادت الأم تمريضها فالأب فيها بين خيارين: إما أن ينقلها إلى منزل الأم، لتقوم بتمريضها فيه فإذا برأت عادت إليه، وليس لها منع الأب من الدخول لعيادة بنته، وإمَّا أن يفرد لها في منزله موضعاً تخلو لتمريضها فيه، وليكن بينهما من

ثقات النساء أو ذوي الأرحام المحارم من تنتفي به التهمة عنهما، فإذا برأت انصرفت الأم إلى منزلها، وإن ماتت أقامت الأم لمواراتها حتى تدفن، وليس للأب أن يمنعها من البكاء عليها، وله أن يمنعها من النياحة واللطم، ويمنعها من اتباع جنازتها في حق الله تعالى وحقه، ويمنعها من زيارة قبرها إن دفنت في ملكه، فإن دفنت في غير ملكه منعها من الزيادة في حق الله تعالى دون حقه لقول النبي ﷺ: «لعن الله زورات القبور».

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ الوَلَدُ مَخْبُولاً فَهُوَ كَالصَّغِيرِ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِهِ وَلاَ يُخَيَّرُ أَبَداً».

قال الماوردي: وهذا قد مضى في شروط التخيير، لأن المخبول لعجزه عن القيام بنفسه، وفقد تمييزه يكون كالصغير، فصارت الأم به أحق، كالمحضون سواء كان ابناً أو بنتاً، هكذا لو طال الخبل والجنون عليهما بعد الصحة والبلوغ كانت الأم أحق بكفالتهما من الأب، فإن كان للمخبول والمجنون زوجة أو كان للمخبولة والمجنونة زوجاً، كان الزوج والزوجة أحق بكفالتهما من الأب والأم، لأنه لا عورة بينهما ولوفور السكون إلى كل واحدٍ منهما، ولو كان للمخبول أم ولد كان الأم أحق بكفالته من أم ولده لأن ثبوت الرق يمنع من استعلاء يدها، لكن تقوم بخدمته، وتقوم الأم بكفالته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا خُيِّرَ فَاخْتَارَ أَحَدَ الأَبَوَيْنِ ثُمَّ اخْتَارَ الآخَرَ حُوِّلَ».

قال الماوردي: لأن تخيير الولد حق له لا عليه يقف على شهوته والميل إلى مصلحته، فإذا اختار أحد أبويه ثم عدل إلى اختيار الآخر حوّل إليه، فإن رجع إلى اختيار الأول أعيد إليه على هذا أبداً، كلما اختار واحد بعد وَاحِدٍ حُوِّل إليه لوقوفه على شهوته، ولأنه ربما حدث من تقصير من اختاره ما يبعثه عن الانتقال عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مُنِعَتْ مِنْهُ بِالزَّوْجِ فَطَلَّقَهَا طَلاَقاً يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ أَوَّلاً لاَ يَمْلِكُهَا رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا فِي وَلَدِهَا لأَنَّهَا مَنَعَتْهُ بِوَجْهٍ فَإِذَا ذَهَبَ فَهِيَ كَمَا كَانَتْ فَإِنْ قِيلَ فَكَيْفَ تَعُودُ إِلَى مَا بَطَلَ بِالنِّكَاحِ، قِيلَ لَوْ كَانَ بَطُلَ مَا كَانَ لأُمِّهَا أَنْ تَكُونَ أَحَقَّ بِوَلَدِهَا مِنْ أَبِيهِمْ وَكَانَ يَنْبَغِي إِذَا بَطُلَ عَنِ الأُمِّ أَنْ يَبْطُلَ عَنِ الجَدَّةِ الَّتِي إِنَّمَا حَقُّهَا لِحَقِّ الأُمِّ وَقدْ قَضَى أَبُو بَكْرٍ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِأَنَّ جَدَّةَ ابْنِهِ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ فَإِنْ قِيلَ فَمَا حَقُّ الأُمِّ فِيهِمْ؟ قِيلَ كَحَقِّ الأَبِ هُمَا وَالِدَانِ يَجِدَانِ بِالوَلَدِ فَلَمَّا

كَانَ لَا يَعْقِلُ كَانَتْ أَوْلَى بِهِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ لِلْأَبَوَيْنِ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحْنَى عَلَيْهِ وَأَرَقُّ مِنَ الْأَبِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن تزويج الأم يسقط حقها من الحضانة والكفالة لقوله ﷺ «أنت أحق به ما لم تنكحي»، فلم يكن لخلاف الحسن البصري فيه مع هذا النص وجه، وإذا سقطت حضانتها انتقلت عنها إلى أمها إذ لم تكن أمها ذات زوج، فإن كانت ذات زوج نُظِر في الزوج، فإن كان جد الولد لم يسقط حضانتها وإن كان أجنبياً أسقطها، وصارت للأب، فإن أتمت الأم بعد التزويج بموت زوجها أو طلاق عادت إلى حقها من حضانة ولدها.

وقال مالك: قد بطل حقها بالتزويج، فلا يعود إليها وإن أيمن، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن سقوط حضانتها بالزوج كسقوطها بجنون أو فسق، وهي تعود إلى حقها بالإفاقة من الجنون، والعدالة بعد الفسق، فكذلك تعود بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

والثاني: أن حضانتها بالتزويج تأخرت، ولم يبطل لانتقالها إلى أمها المدلية بها، ولو بطلت حضانتها فانتقلت إلى من أدلى بها، وهذا دليل الشافعي.

فصل: فإن ثبت عودها إلى الحضانة بعد طلاقها فسواء كان طلاقها بائناً أو رجعياً.

وقال أبو حنيفة: إن كان طلاقها رجعياً لم تعد الحضانة إلا بعد انقضاء العدة، ووافقه المزني عليه وبنى أبو حنيفة: ذلك على أصله في أن الرجعية غير محرمة تجري عليها أحكام الزوجية، ونحن نبينه على أصولنا في أن الرجعية محرمة كالبائن؛ ولأنها لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت به كالخلية في استحقاق الحضانة كما صارت كالخلية في جواز التصرف، فإن راجعها الزوج في عدتها سقطت حضانتها برجعته، ولو ظاهر منها أو آلى لم تستحق الحضانة لبقائها على الزوجية بخلاف المطلقة الرجعية.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ وَلِي نَفْسَهُ إِذَا أُونِسَ رُشْدُهُ وَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى أَنْ يَكُونَ عِنْدَ أَحَدِهِمَا وَأَخْتَارُ لَهُ بِرَّهُمَا وَتَرْكَ فِرَاقِهِمَا وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ كَانَتْ مَعَ أَحَدِهِمَا حَتَّى تَزَوَّجَ فَتَكُونَ مَعَ زَوْجِهَا فَإِنْ أَبَتْ وَكَانَتْ مَأْمُونَةً سَكَنَتْ حَيْثُ شَاءَتْ مَا لَمْ تَرَ رِيبَةً وَأَخْتَارُ لَهَا أَنْ لَا تُفَارِقَ أَبَوَيْهَا».

قال الماوردي: قد مضى حكم الولد عند اكتفائه بنفعه بعد بلوغه ورشده وخروجه من كفالة أبويه غلاماً كان أو جارية، وخالف فيه أبو حنيفة ومالك على ما قدمناه، وسقطت نفقته عنها.

ولا يلزم أن يكون كل واحد منهما أن يقره في منزله كما لا يلزم أن ينفق عليه؛ لأن السكنى تبع للنفقة ولو سألاه المقام عندهما أو عند أحدهما لم يلزمه المقام فيه، لأنه قد ملكت تصرف نفسه، لكن يكره له التفرد عنهما محافظة على برهما، وحذراً من عقوقهما ومقامه مع أبويه أولى من مقامه عند أمه للتجانس وإنفاقهما على التصرف والتعاون، فإن امتنع من البقاء مع وَاحِدٍ منهما لم يجبر ولم يأثم ما لم يخرج عن حد البر إلى العقوق.

فأما الجارية إذا بلغت فحكمها أغلظ لكونها عورة ترمقها العيون، وتسبق إليها الظنون فيلزمها ويلزم أبويها من نفي التهمة عنها ما لا يلزمها في حق الابن، وإذا كان كذلك فالأولى بها ألا تفارق أحد أبويها، ومقامها مع أمها أولى من مقامها مع أبيها، لأنها أقدر على حفظها، وأخبر بتدبيرها، لأن النساء أعرف من الرجال بعادات النساء، كما كان الرجال أعرف من النساء بعادات الرجال، لأجل التجانس وتشابه الأخلاق، فإن فارقت أبويها نظر في حالها فإن انْتَفَتْ الريبة عنها في فراقها لم يكن لهما عليه اعتراض، وإن كان الأولى بها ألا تفارق برهما، وإن توجهت إليها ريبة كان لهما في حق صيانتها أن يأخذاها بما ينفى الريبة عنها من مقامها عند أحدهما أو عند من يوثق به من أهلها والنساء منهم أولى من الرجال لفضل الاحتياط، وإن طلبت المقام عند أحد أبويها فامتنع نظر، فإن كان لخوفها على عقها أخذاً جبراً بمقامها عند أحدهما، وإن كان لسقوط مؤنة السكنى لم يجبر واحد منهما عليها كما لا يجبر على نفقتهما، ويكره لهما تضيعها فإذا تزوجت صار الأب أحق بها منهما فإن أيمت بموت الزوج أو طلاق، كانت حالها في الانفراد عن أبويها بعد الأيمة أخف من حالها قبلها، لأنها قد خَبَرَت وخرجت عن حد الغرة فإن ظهر منها بعد الأيمة ريبة تولى الأبوان حسمها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اجْتَمَعَ القَرَابَةُ مِنَ النِّسَاءِ فَتَنَازَعْنَ المَوْلُودَ فَالأُمُّ أَوْلَى ثُمَّ أُمُّهَا ثُمَّ أُمَّهَاتُ أُمِّهَا وَإِنْ بَعُدْنَ ثُمَّ الجَدَّةُ أُمُّ الأَبِ ثُمَّ أُمُّهَا ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ثُمَّ الجَدَّةُ أُمُّ الجَدِّ لِلأَبِ ثُمَّ أُمُّهَا ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ثُمَّ الأُخْتُ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ الأُخْتُ لِلأَبِ ثُمَّ الأُخْتُ لِلأُمِّ ثُمَّ الخَالَةُ ثُمَّ العَمَّةُ».

قال الماوردي: اعلم أنَّ أهل الحضانة ثم الكفالة مستحقة من الأبوين لأنهما أصل النسب لحدوث الولادة عنهما فتفرع عنهما جميع من علا من القرابات، كما ترفع

عن الولد جميع من نزل من القرابات، لأن أبويه أصل لمن علا من قراباته. وهو أصلاً لمن نزل عنه من قراباته.

وإذا كان كذلك فحضانته مقدمة عليهم يتقدم بها منهم أقواهم سبباً فيها، فإذا اجتمع في الحضانة قرابات المولود لم يخل حالهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونوا نساءً لا رجلاً فيهم.

والثاني: أن يكونوا رجالاً لا امرأة فيهم.

والثالث: أن يكونوا رجالاً ونساءً.

فأما القسم الأول: وهو مسطور المسألة أن يكونوا نساءً لا رجل معهن فيخرج منهن من لا حضانة لها، وهي نوعان:

أحدهما: ما سقطت حضانتها لنقص كإخلالها بأحد الشروط الستة لرق أو كفر أو جنون أو فسق أو بُعْدِ وطن أو تزويج بأجنبي.

والنوع الثاني: من سقطت حضانتها لضعف قرابتها، وهي كل مدلية بذكر لا يرث كأم ابن الأم، وبنت الخال وبنت ابن الأخت فلا حضانة لهن لإدلائهن بذكر قد فقد آلة التربية من الأنوثية، وعدم قوة القرابة لسقوط الميراث، فلذلك سقطت حضانة المدلين به، فأما من سقطت حضانتهن للنقص، فلا حضانة لها مع مستحق الحضانة وعدمه، وأما من سقطت حضانتها لضعف قرابتها فلا حضانة لها مع وجود مستحقها، وفي استحقاقها للحضانة مع عدم مستحقها وجهان:

أحدهما: تستحق الحضانة لاختصاصها بالقربى، وإن ضعفت، لأن ضعفها يسقط حقها مع من هو أقوى منها، ولا يسقطها مع من عدم قرابتها، فعلىٰ هذا لا يجوز العدول عنها إلى الأجانب.

والوجه الثاني: أنها لا تستحق الحضانة، وإن عدم جميع القرابات، لأنه لم يوجد فيها مثبت لاستحقاق، وإنما يجوز أن يقدم بذلك على الأجانب من طريق الأولى دون الاستحقاق، كما نقدم المرضعة والجارة على غيرهما من طريق الأولى، فعلى هذا إن أدى اجتهاد الحاكم إلى العدول عنها إلى غيرها من الأجانب جاز.

فصل: وأما مستحقات الحضانة فهو من الصفين المذكورين من جميع القرابات، فيتقدمن فيها بقوة النسب.

وقوة النسب شيئان:

أحدهما: دنو القرابة كالأم مع ابنها، والأخت مع بنتها.

والثاني: قوة القرابة وقوتها تكون بخمسة أسباب:

أولها: مباشرة الولادة، ووجود البعضية.

ثانيها: التعصيب.

ثالثها: الميراث.

رابعها: المحرم.

خامسها: الإدلاء بمستحق الحضانة.

وينقسم الإدلاء ثلاثة أقسام:

أحدها: الإدلاء بالولادة، كإدلاء أم الأم بولادة الأم، وأم الأب بولادة الأب، وهذا أقوى أقسام الإدلاء.

القسم الثاني: الإدلاء بالانتساب كإدلاء الأخوات بالأبوين، وإدلاء بناتهن بهن، وهذا يتلو الأول في القوة.

والقسم الثالث: الإدلاء بالقربى كإدلاء الخالة بالأم والعمة بالأب.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرناه من قوة الأسباب على الترتيب الذي قدمناه كان أحق القرابات بالحضانة الأم لاجتماع معاني الاستحقاق فيها، وأنها أكثرهن إشفاقاً وحنوّاً ثم تليها أمها لمشاركتها في الولادة وأنها بعض أمها كما كان الولد بعضها ثم أمهاتها وإن بَعُدْنَ يتقدمن على أمهات الأب، وإن قربن لأمرين:

أحدهما: أن الولادة فيهن متحققة، وفي أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

والثاني: أنهن أقوى ميراثاً من أمهات الأب، لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم وتسقط من أمهات الأم من أدلت بأب بين أمين.

فصل: فإذا عُدِمت أمهات الأم قرباً وبعداً انتقلت الحضانة بَعْدهن إلى أمهات الأب، وهذا منصوص الشافعي، ومقتضى أصوله، ولا وجه لما حكاه بعض أصحابنا عنه في القديم: أنها تنتقل بعد أمهات الأم إلى الأخوات للأب والأم لإدلائهن بالأبوين لأمرين:

أحدهما: أن الولادة والبعضية أقوى ولثبوت ميراثهن مع الأبناء وإذا كان كذلك فأحق أمهات الأب بالحضانة أمه لمباشرتها لولادته ثم أمهاتها وإن علون مقدمات على أم الجد لتقديم الأب على الجد، فكان المدلى بالأب أحق من المدلى بالجد، فإذا عدم

أمهات الأب فأم الجد ثم أمهاتها وإن علون ثم أم ابن الجد ثم أمهاتها، وإن علون ثم أم جد الجد ثم أمهاتها وإن علون، ثم كذلك في أمهات من علا من كل جدٍّ ولا حضانة فيهن لمن أدلت بأبٍ بين أمين، كأم ابن الأم.

فصل: فإذا عدم أمهات انتقلت الحضانة إلى الأخوات وتقدمن على الخالات والعمات، لأنهنَّ راكضن المولود في الرحم، وشاركنه في النسب، فتكون الحضانة للأخت للأب والأم ثم للأخت للأب ثم للأخت للأم.

وقال المزني وأبو العباس بن سريج: الأخت للأم مقدمة على الأخت للأب، لأن المدلى بالأم أحق من المدلى بالأب كالجدات، وبه قال أبو حنيفة وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: قوتها بالميراث وتعصيب البنات مع مساواتها في الأنوثية.

والثاني: أنها تقوم في الميراث مقام الأخت للأب والأم إذا عدمت فكذلك في الحضانة، وما اعتبروه من إدلاء الأخت للأم بالأم، فالقوة بالميراث صفة في نفسها، فكان أولى في الترجيح من اعتبار صفة من غيرها.

فصل: فإذا عدم الأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات وتقدمن فيها على العمات لإدلائهن بالأم، وإدلاء العمات بالأب مع استوائهن في الدرجة وعدم الميراث فتقدم الخالة للأب والأم ثم الخالة للأب ثم الخالة للأم، وعلى قول المزني وأبي العباس تقدم الخالة للأم على الخالة للأب.

ومن أصحابنا من أسقط حضانة الخالة للأب لإدلائها بأبي الأم، والأنثى إذا أدلت بذكر لا يرث سقطت حضانتها كأم ابن الأم.

وهذا ليس بصحيح لمساواتها للأم في درجتها فصارت مدلية بنفسها، وخالفت أم ابن الأم المدلية بغيرها.

فإذا عدم الخالات انتقلت الحضانة بعدهن إلى العمات لإدلائهن لأخوة الأب كإدلاء الخالات بإخوة الأم فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم، وعلى قول المزني وأبي العباس تقدم العمة للأم على العمة للأب على ما تقدم من قولهم في الأخوات.

فصل: فإذا عدم الخالات والعمات فقد اختلف أصحاب الشافعي في مستحق الحضانة بَعْدَهُن لانتهائها إليهن على وجهين:

أحدهما: أنها تنتقل بعدهن إلى بنات الإخوة والأخوات ثم إلى بنات العصبات قرباً فقرباً ثم بنات الخالات والعمات ثم إلى خالات الأبوين على ترتيب العصبات اعتباراً بالميراث.

والوجه الثاني: أنها تنتقل بعد الخالات والعمات إلى خالات الأبوين عملاً على تدريج الأبوة.

فإذا قيل بالوجه الأول أنها تنتقل بعدهن إلى بنات الإخوة والأخوات تقدم فيها بنات الأخوات على بنات الإخوة لتقدم الأخوات فيها على الإخوة، فتقدم فيها بنات الأخت للأب والأم ثم بنت الأخت للأب ثم بنت الأخت للأم على قول ابن سريج تقدم بنت الأخت للأم على بنت الأخت للأب ثم تنتقل بعدهن إلى بنات الإخوة فيقدم بنت الأخ للأب والأم ثم بنت الأخ للأب، ثم بنت الأخ للأم.

وعلى قول ابن سريج على ما ذكرنا ثم تنتقل الحضانة بعدهن إلى بنات بني الإخوة دون بنات بني الأخوات؛ لأن بني الإخوة عصبة يرثون، وبنو الأخوات لا يرثون فتقدم الحصانة بنت ابن الأخ للأب والأم، ثم لبنت الأخ للأب، لإحضانة لبنت ابن الأخ للأم، لأنها تدلى بذكر لا يرث، ثم تنتقل بعدهن إلى بنات الأعمام فتقدم بنت العم للأب والأم ثم بنت العم للأب، ولا حضانة لبنت العم للأم لإدلائها بذكر لا يرث، ثم تنتقل بعد بنات العصبات إلى بنات الخالات ثم بنات العمات.

فصل: وإذا قيل بالوجه الثاني في انتقالها بعد الخالات والعمات إلى خالات الأبوين انتقلت الحضانة إلى خالات الأم يترتبن فيها ترتيب الخالات المفترقات، ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بأبي الأم، وهو ذكر لا يرث، ثم تنتقل بعد خالات الأم إلى خالات الأب ثم إلى عماته ثم تنتقل بعد خالات الأب وعماته إلى خالات أم الأم دون عماتها، ثم تنتقل بعدهن إلى خالات الجد ثم إلى عماته، ثم تستعلى كذلك إلى

درجة بعد درجة، ولا تستوعب عمود الأمهات كما استوعبت أمهات الأمهات؛ لأن البعـد من أمهات الأم وارثة كالقربى، فلم يعتبر في حضانتهن قرب الدرج، والخالات والعمات بخلافهن لأنهنَّ لا يرثن، فاعتبر فيهن قرب الدرج، فإذا عدم خالات الأمهات وخالات الآباء وعماته انتقلت الحضانة بعدهن إلى بنات الأخوات ثم إلى بنات بنات الإخوة ثم إلى بنات العصبة ثم إلى بنات الخالات، ثم إلى بنات العمات على ما بيناه في الوجه الأول.

وإذا استوضحت ما قررته من هذه الأصول صح لك التفريع عليها عند اجتماع القرابات المختلفة الجهات، وسنذكر تفرد الرجل بها، واشتراكهم مع النساء فيها من بعد وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ وِلاَيَةِ لأُمٍّ أَبِي الأُمِّ لأَنَّ قَرَابَتَهَا بِأَبٍ لاَ بِأُمٍّ فَقَرَابَةُ الصَّبِيِّ مِنَ النِّسَاءِ أَوْلَى».

قال الماوردي: وهذا كما قال كل ذكر لها يرث فلا حضانة له، لأنه عدم آلة التربية من الأنوثية وفقد قوة النسب لسقوط للميراث فجرى مجرى الأجانب فمنهم أبو الأم ولا حضانة له وكذلك الخال والعم للأم، وبنو الخالات والعمات وإذا لم يكن لهؤلاء ومن جرى مجراهم حضانة، فلا حضانة لبناتهم لإدلائهن بمن لا يستحقها، فصرن فيه أضعف منه فإن قيل: أفليس إذا سقطت حضانة الكافرة والفاسقة وذات الزوج لم تسقط حضانة بناتهن، وإن أَدْلَيْنَ بمن لا يستحقها، فهلا كانت المدلية بذكر لا يرث في استحقاقها، كذلك.

قيل: لأن سقوط الحضانة بالكفر والرق والفسق لعارض نقص مع وجود السبب الذي تستحق به الحضانة، وقد يزول فتستحق الحضانة وليس كمن ذكرنا من الذكور الذين لا يرثون لأنهم سقطوا لعدم النسب لا لنقص عرض فافترقوا فعلى هذا فلا حضانة لأم أبي الأم ولا لأمهات آبائه وأمهاته، وكذلك كل جدة بينها وبين أحد الأبوين أب بين أمَّيْن.

فإن انفرد من لا يستحق الحضانة من القرابات عن مستحقها فهل يساوين الأجانب فيها، ويصرن أحق بها على ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: أنهن والأجانب فيها سواء، فإن قدموا من طريق الأولى دون الاستحقاق.

والوجه الثاني: أنهم يستحقونها بعد عدم مستحقها لتميزهم بقرابة بانوا بها جميع الأجانب فعلى هذا لو اجتمع فيها الذكور، ومن أدلى بهم من الإناث ففي أحقهم بها وجهان:

أحدهما: أن الذكور أحق بها لقربهم ممن أدلى بهم لبعدهم فيكون أبو الأم أحق بالحضانة من أمه. والخال أحق بها من بنته.

والوجه الثاني: أن الإناث مع بعدهن أحق بهما ممن أدلين به من الذكور مع قربهم لاختصاصهنَّ بالأنثوية التي هي آلة التربية، ومقصود الحضانة فتكون أم أبي الأم

أحقُّ من أبيها، وبنت الخال أحق بها من الخال.

فصل: فإذا انفرد الذكور منهم عن الإناث، وتنازع الحضانة منهم اثنان نظر فيها فإن كان لأحدهما ولادة كأبي الأم والخال كانت الحضانة لمن اختص منهما بالولادة فتكون لأبي الأم دون الخال لبعضيته، وأجرى حكم الأبوة عليه في سقوط القود عنه وعتقه عليه إذا ملكه وإن لم يكن فيها ولادة كالخال والعم من الأم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء، فيتقرع بينهما فيها ولا اعتبار بمن أدليا به لتساويهما في سقوط الحضانة مع وجود مستحقها.

والوجه الثاني: وهو أشبه أنه يستحقها منهما من قوى بسبب إدلائه، فيكون الخال لإدلائه بالأم أحق بها من العم للأم لإدلائه بالأب الذي تقدم عليه الأم، ولو كان ابن أخ لأم وعم لأم، كان العم للأم أحق بها من ابن الأخ للأم لإدلائه لأم الأب التي هي أحق بالحضانة من الأخ للأم، وهكذا لو انفرد النساء منهم عن الذكور، وتنازعها منهن اثنتان وكانت في إحداهما ولادة ليست في الأخرى كأم أبي الأم مع بنت الخال كانت أم أبي الأم أحق بها لأجل الولادة من بنت الخال.

ولو لم يكن فيها ولادة كبنت الخال وبنت العم للأم كان على ما قدمناه من الوجهين:

ولكن لو تنازع فيها منهن أنثى وذكر، وليس يدلي واحد منهما بالآخر كانت الأنثى أحق بها من الذكر وجهاً واحداً لاختصاصها بآلة التربية ما لم يكن في الذكر ولادة سواء قَرُبَتْ أو بَعُدَتْ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا حَقَّ لِأَحَدٍ مَعَ الأَبِ غَيْرَ الأُمِّ وَأُمَّهَاتِهَا فَأَمَّا أَخَوَاتُهُ وَغَيْرَهُنَّ فَإِنَّمَا حُقُوقُهُنَّ بِالأَبِ فَلَا يَكُونَ لَهُنَّ حَقٌّ مَعَهُ وَهُنَّ يُدْلِينَ بِهِ».

قال الماوردي: ذكر الشافعي في هذه المسألة اجتماع الرجال مع النساء في الحضانة بعد أن قدم انفراد النساء بها، والأولى أن يقدم الرجال بها على النساء كما قدم انفراد النساء بها على الرجال ليكون حكم اجتماعهما مبنياً على ما استقرَّ من حكم انفرادهما.

فإذا اجتمع الرجال من أقارب المولود يتنازعون حضانته، منفردين عن النساء فلا حق فيها لمن كان منهم غير وارث لما ذكرناه من ضعف قسمهم لسقوط ميراثهم وتميزهم عمن لا يرث من النساء بعدم الأنوثية التي هي السبب الأقوى في استحقاق

الحضانة وإذا اختصت بالورثة من الذكور لمن يستحقها من قبل الأم إلّا واحد، وهو الأخ للأم؛ لأنه لا يرث من جهتها ذكرٌ سواه، وكثر مستحقوها من جهة الأب لكثرة الورثة منهم ولا يرث منهم إلا عصبة، وإذا كان كذلك فأحق الذكور بالحضانة من الورثة الأب، لاختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة، ثم تنتقل بعده إلى آبائه الذين ولدوه، ويتقدم بها الأقرب فالأقرب، ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها من الإخوة، وإن قربوا، فإذا عدم الأجداد انتقلت بعدهم إلى الإخوة فيقدم الأخ للأب والأم ثم الأخ للأب ثم الأخ للأم، وعلى قياس قول أبي العباس بن سريج أن الأخ للأم يقدم على الأخ للأب.

فصل: فإذا عدم الإخوة، فقد اختلف أصحابنا فيمن يستحقها بعدهم على وجهين:

أحدهما: أنها تنتقل إلى بني الإخوة، ويتقدمون بها على الأعمام لقوة تعصبهم في حجب الأعمام عن الميراث فيتقدم بها ابن الأخ للأب والأم ثم ابن الأخ للأب ولاحق فيها لابن الأخ للأم، لأنه غير وارث ثم تنتقل بعدهم إلى أولادهما وإن سفلوا ثم تنتقل بعدهم إلى الأعمام فيتقدم بها العم للأب والأم للعم للأم، لأنه لا يرث ثم تنتقل بعدها إلى أولادها وإن جعلوا يتقدمون بها على أعمام الأب تنتقل بعدهم إلى بني الأعمام.

والوجه الثاني: أنها تنتقل بعد الإخوة إلى الأعمام دون بني الإخوة لقوتهم في الدرجة على غير الإخوة فإذا عدم الأعمام انتقلت إلى بني الإخوة وإن سفلوا دون بني الأعمام، وإن قربوا على الوجهين معاً لاختصاص بني الإخوة بالمحرم دون بني الأعمام يتقدمون بها وإن سفلوا على أعمام الأب فإذا عدم بنو الإخوة والأعمام ففي مستحق الحضانة بعدهم وجهان:

أحدهما: تنتقل بعدهم إلى بني الأعمام إذا قيل يتقدم بها بنو الإخـوة وإن سفلوا على العم ثم ينتقل بعدهم إلى عم الإب.

والوجه الثاني: أنها تنتقل إلى عم الأب يتقدم بها على بني العم إذا قيل: إن العم مقدم بها على بني الإخوة فإذا عُدِم عم الأب انتقلت بعده إلى بني العم يتقدمون بها وإن سفلوا على بني العم، وإن قربوا لاختصاصهم بالقرب وتساويهم في عدم المحرم ثم على هذا الترتيب في بني أب بعد أب فإذا عدم جميع العصبات لم يكن للمولى المعتق فيها حق، لأنه قد أسقط بالعتق حق نفسه عن المعتق فسقطت حضانته فإن كان للمولى المُعتق نَسَبٌ هو أبعد من نَسب من حضر، فهل يترجح بولاية من بعده على من هو أقرب منه كعم وعم أب معتق على وجهين:

أحدهما: يتقدم به وإن بَعُد لجمعه بين شيئين يجري على كل وَاحِدٍ منهما حكم التعصب فتكون الحضانة لعم الأب لولائه دون العم.

والوجه الثاني: أنه لا يقدم به، لأنه سبب لا يستحق به الحضانة فلم يترجح به الحضانة إلا مع التكافؤ فيكون العم أحق بالحضانة بقربه من عم الأب مع ولائه، والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا تقرر حكم ما أوضحنا من حكم النساء إذا انفردوا عن الرجال، ومن حكم الرجال إذا انفردت عن النساء ترتبت على ذلك حكم اجتماع الرجال مع النساء، فإذا اجتمعوا فأحق الرجال والنساء بالحضانة الأم لقول النبي ﷺ «أَنْتِ أَحَقّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكحي» ولأنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهي في الأب مظنونة ولأنها أكثر حنواً وإشفاقاً، ولأنها بتربيته أخبر وعلى التشاغل لحضانته أصبر، فإذا أعدمت الأم فأمها لأنها تلي الأم في معانيها ثم أمهاتها وإن عَلَوْنَ يتقدمن على الأب مع قربه. فإذا عدمت الأم وأمهاتها انتقلت الحضانة إلى الأب، ولا وجه لما دل فيه أبو سعيد الإصطخري من تقديم من أدلى بالأم من النساء كالخالات والأخوات من الأم على الأب، لأن في الأب من الولادة، والاختصاص بالنسب، وفضل الحنو والشفقة ما لا يكون فيمن عدم الولادة ويكون من اختص بالولادة من الرجال والنساء أحق بالحضانة فمن عدم الولادة فإن تساوى في الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالأنوثية المختصة بالتربية، فعلى هذا ينتقل بعد الأم وأمهاتها إلى الأب، فإن عدم انتقلت إلى أمه، ومن علا تقدم على أبيه فإن عُدِمَ أمهات الأب انتقلت إلى أبي الأب وهو الجد، ثم أمهاته ثم إلى أبي الجد ثم أمهاته على هذا، حتى تستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها، فإذا عدم الآباء والأمهات فقد اختلف أصحابنا في مستحق الحضانة بعدهم على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن جميع النساء من الأقارب أحق بالحضانة من جميع العصبات فتقدم الأخوات والخالات والعمات، ومن أدلى بهم من البنات على جميع العصبات من الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم لما فيهم من الأنوثية التي هي بالحضانة أخص مع الاشتراك في القرابة، وإن تفاضلوا فيها.

والوجه الثاني: أن جميع العصبات بعد الآباء والأمهات أحق من جميع النساء من الأخوات والخالات والعمات، ومن يدلي بهن من بناتهن لاختصاص العصبات بالنسب واستحقاقهم للقيام بتأديب المولود وتقويمه ولقوتهم باستحقاق ميراثه واختصاصهم بنقله إلى وطنهم، فصاروا بذلك أحق بكفالته، بخلاف من عدم هذه المعاني من النساء.

والوجه الثالث: وهو أصحها أنه يترجح أحد الفريقين على العموم مع تفاضل الدرج، ويترتبون ترتيب العصبات في درجته فالمساوي للأم في استحقاق الأقرب فالأقرب من الرجال والنساء فإن كان الرجال أقرب قدموا وإن كان النساء أقرب قدمن وإن استوى الرجال والنساء في الدرج قدم النساء فيها على الرجال لاختصاصهن بالأنوثية، فعلى هذا ينتقل بعد الآباء والأمهات إلى الإخوة، والأخوات فتقدمن الأخوات لأنوثتهن ثم تنتقل بعدهن إلى الإخوة، فإذا عدموا انتقلت إلى بنات الأخوات ثم إلى بني الإخوة.

فإذا اجتمع ابن أخت وابن أخ كانت بنت الأخ أحق من الأخت، وإن كان مدلياً بمن هو أحق اعتباراً بأنوثية المستحق فإذا عدم درجة الإخوة والأخوات المساوين للولد في درجته انتقلت بعدهم إلى الدرجة التي تليهم وهم من مساوي الأبوين في درجتهما الخالات، والمساوين للأب في درجته الأعمام والعمات لإدلائهن بالأم التي هي أحق بالحضانة من الأب تنتقل بعدهن إلى العمات يتقدمون فيها على الأعمام ثم ينتقل بعدهن إلى الأعمام فإذا عدم الأعمام انتقلت إلى بنات الخالات ثم إلى بنات العمات ثم إلى بنات العم ثم إلى بني العم.

فإذا عرفت هذه الدرجة انتقلت إلى الدرجة التي تليها، وهي الدرجة التي تساوي درجة الجد والجدة فيساوي درجة الجدة خالات الأم وتساوي درجة الجد أعمام الأب وعماته فتنتقل الحضانة إلى خالات الأم ثم إلى خالات الأب ثم إلى عمات الأب ثم إلى أعمام الأب. ثم إلى أولادهم فتكون بعدهم بنات خالات الأم ثم لبنات خالات الأب ثم لبنات عمات الأب ثم لبنات أعمام الأب ثم لبني أعمام الأب ثم تستعلى على هذا القياس درجة بعد درجة حتى تستوفي جميع الدرج والله أعلم بالصواب.

فصل: فلو اجتمع مع الرجال والنساء في الحضانة خنثى مشكل نظر في مستحقها، فإن كان رجلاً لم يساوه الخنثى فيها، لجواز أن تكون امرأة وهل يتقدم بذلك على المرأة عند عدم الرجال أم لا؟ على وجهين وإن كان مستحقها امرأة لم يساوها الخنثى، وهل يتقدم بذلك على الرجل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يتقدم عليه، إذا تقدمت عليه المرأة لجواز أن تكون امرأة.

والوجه الثاني: لا يتقدم عليه بعدم الحكم بأنه امرأة فلو أخبر الخنثى عن اختياره لنفسه بأنه رجلاً أو امرأة عمل على قوله في سقوط الحضانة وهل يعمل على قوله في استحقاقها على وجهين:

أحدهما: يعمل على قوله لأنه أعرف بنفسه.

والثاني: لا يعمل على قوله لتهمته.

فصل: إذا وقع التنازع في كفالة المولود، وله زوجة كبيرة نظر، فإن أمكن استمتاعه بها أو استمتاعها به، فهي أحق بكفالته، وإن كانت أجنبية من جميع قراباته، لما جعل الله تعالى بين الزوجين من المودة، فكان أسكن إليها، وكانت أعطف عليه. وإن لم يكن استمتاعه بها واستمتاعها به فلا حق لها في كفالته، وأقاربه من الرجال والنساء أحق منهما به، فلو كانت الزوجة من أقاربه، فهل يترجح بعقد النكاح على غيرها من الأقارب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يترجح بذلك عليهم، ويكون أحق بكفالته من جميعهم لجمعها بين سببين:

والوجه الثاني: أنه لا تترجح به على غيرها، وتقف في الكفالة على درجتها من القرابة التي هي أخص بالكفالة، وهكذا لو كان المولود جارية، ولها زوج كبير، فإن أمكنه الاستمتاع بها كان أحق بكفالتها فإن لم يمكنه فالأقارب أحق بكفالتها منه، فإن شاركهم في القرابة فهل يترجح بعقد النكاح وليهم أم لا؟ على وجهين والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالجَدُّ أَبُو الأَبِ يَقُومُ مَقَامَ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَباً أَوْ كَانَ غَائِباً أَوْ غَيْرَ رَشِيدٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال الجد يقوم مقام الأب عند موته، أو نقصه برق، أو كفر، أو مع غيبته، وإن كان على سلامته، وكذلك أم الأم تقوم مقام الأم عند موتها، ونقصها ومع غيبتها.

فإن قيل فلما نقلتم الحضانة عن مستحقها بالغيبة، ولم تنقلوا ولاية النكاح عن الغائب؟

قيل: لأن الغيبة لا تمنع من عقد النكاح فلم يسقط بها حق الولي، وتمنع من الكفالة فسقط بها حق الكفيل، وإذا كان كذلك فقد ذكرنا من يتقدم بالحضانة، فأما من غير المولود بينهم في الكفالة فأصل تخييره يكون بين أبويه الأم والأب، ولا تخيير بين غيرهما مع وجودهما، فإن عدمت الأم خير بين الأب وبين جميع أمهات الأم، وكن في تخيير المولود بين الأب وبينهنَّ كالأم، ولو عدم الأب مع بقاء الأم، خير المولود بينها وبين جميع آباء الأب من سائر الأجداد، وكانوا في تخيير المولود بين الأم وبينهم كالأب وإذا وقع التخيير بين الأب وجميع الجدات وبين الأم وجميع الأجداد، ثبت

التخيير بين جميع الأجداد وجميع الجدات، وهذا مما لم يختلف فيه مذهب الشافعي وجميع أصحابه.

فأما تخيير المولود بين الأم وبين سائر العصبات عشر عدم الأب والأجداد كالإخوة والأعمام وبينهم ففيه لأصحاب الشافعي وجهان:

أحدهما: لا يخير وتكون الأم أحـق بكفالته من غير تخيير.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ أَبُو أَبِي الأَبِ وَكَذَلِكَ العِصْبَةُ يَقُومُونَ مَقَامَ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ مِنْهُمْ مَعَ الأُمِّ وَغَيْرُهَا مِنْ أُمَّهَاتِهَا».

قال الماوردي: والجد أبو أبي الأب يقوم مقام الأب عند موته أو نقصه والجدة أم الأم تقوم مقام الأم، عند موتها أو نقصها، فأما تخيير المولود بين مستحقي حضانته فيخير بين أبويه، والأم والأب، ولا تخير بين غيرهما مع وجودهما، فإن عدمت الأم خير بين الأب وبين جميع أمهات الأم وإن عدم الأب خير بين الأم وجميع آباء الأب، هذا فيما لم يختلف فيه مذهب الشافعي وجميع أصحابه واختلفوا في تخييره بين الأم وسائر العصبات على وجهين:

أحدهما: لا يخير وتكون الأم أحق بكفالته لاختصاصها بالولادة.

والوجه الثاني: يخير كما يخير بينهما وبين الأب لأنهم عصبة مناسبون كالأب ولحديث عمارة الجرمي قال: خيرني علي بن أبي طالب بين أمي وعمي وقال لأخ لي هو أصغر مني، وهذا أيضاً لو قد بلغ لخيرته.

فأما تخييره بين الأب وبين غير الأم وأمهاتها من نساء الحضانة، فإن أدلين بالأب لم يخير بينهنَّ وبين الأب، وإنْ أدلين بالأم كالخالات ففي تخييره بين الأب وبينهنَّ ما ذكرنا من الوجهين

فأما تخييره بين سائر العصبات، وبين سائر النساء سوى الأمهات، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تخير وتكون العصبات أحق.

والثاني: لا يخير ويكون نساء القرابات أحق.

والثالث: يخير بين عصباته وبين نساء قراباته إذا تساوت درجتهم فإن تساوى اثنان في عصبته لأخوين أو اثنتان من قراباته كالأختين ففيه وجهان:

أحدهما: يخير بينهما.

والثاني: يقرع بينهما ولا يخير ويستحقه من قرع منهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَرَادَ الأَبُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنِ البَلَدِ الَّذِي نَكَحَ بِهِ المَرْأَةَ كَانَ بَلَدَهُ أَوْ بَلَدَهَا فَسَوَاءٌ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا قَالَ أَرَدْتُ النَّقْلَةَ وَهُوَ أَحَقُّ بِالوَلَدِ مُرْضَعاً كَانَ أَوْ كَبِيراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا انتقل الأب عن وطن الأم لاستيطان غيره من البلاد يكون بولده أحق من أمه سواء كان رضيعاً في زمان الحضانة أو فطيماً في زمان الكفالة، وهكذا لو أقام الأب وانتقلت الأم، كان الأب أحق بالولد منها سواء كانت بلده أو بلدها.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن انتقلت الأم إلى بلدها الذي نكحها فيه فهي أحق به، وإن انتقلت إلى غيره، فالأب أحق به، وهذا ليس بصحيح، لأن حفظ نسبه مختص بأبيه دون أمه، وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به، ولو خرج لسفر حاجة فالأمر على حقها من كفالته، وليس له أن يسافر به لما يناله من شقاء السفر وكثرة الحظر فلو اختلفا في السفر، فقال الأب أريده للنقل في الاستيطان وقالت الأم: بل تريده للحاجة فالقول قول الأب مع يمينه لأنه لا يعرف عزمه إلا من جهته وإذا أراد أن يستنيب في كفالة ولده جاز.

ولو أرادت الأم الاستنابة لم يجز، لاختصاص الأب بالمراعاة، وهي تمكنه من الاستنابة واختصاص الأم بمباشرة التربية، وهي معقودة مع الاستنابة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ العَصَبَةُ إِلاَّ أَنْ تَخْرُجَ الأُمُّ إِلَى ذَلِكَ البَلَدِ فَتَكُونَ أَوْلَى».

قال الماوردي: يعني أن العصبة بعد الأب يقومون مقامه إذا انتقلوا في إخراجه معهم لحفظ نسبه بهم، كالأب، فإن انتقل بعضهم وأقام بعضهم، فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينتقل أباعدهم ويقيم أقاربهم فالمقيمون أولى.

والثاني: أن ينتقل أقاربهم ويقيم أباعدهم فالمنتقلون أولى به.

والثالث: أن يتساووا في الدرجة قرباً وبعداً فالمقيمون أولى به من المنتقلين لاستوائهم في حفظ نسبه وحصول الدعة بإقامته

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ حَقَّ لِمَنْ لَمْ تَكْمُلْ فِيهِ الحُرِّيَّةُ فِي وَلَدِ الحُرِّ وَإِذَا كَانَ وَلَدُ الحُرِّ مَمَالِيكَ فَسَيِّدُهُمْ أَحَقُّ بِهِمْ».

قال الماوردي: لا حق للمملوك في حضانة ولده، لأن في الحضانة ولاية لا تستحق مع الرق، وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد ومن رق بعضه، لأن أحكام الرق عليهم جارية، فإن عتقوا زاحموا أهل الحضانة فيها ولا يمنعهم ثبوت الولاء عليهم منازعة من لا ولاء عليه لاستوائهم في الحرية ولكمال التصرف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانُوا مِنْ حُرَّةٍ وَأَبُوهُمْ مَمْلُوكٌ فَهِيَ أَحَقُّ بِهِمْ وَلاَ يُخَيَّرُونَ فِي وَقْتِ الخِيَارِ».

قال الماوردي: لا يخلو دخول الرق بين الولد وأبويه من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون حراً وأبواه مملوكين فلا حضانة لواحد منهما لرقه ولا لسيده، لأنه لا حق له في ولد مملوكه لحريته ويكون في حكم العادم لأبويه فيقوم بكفالته ونفقته من بيت المال إلى أن يراهق ويستغني عن مراعاة غيره، ويقدر على الاكتساب بنفسه ولا يعتبر البلوغ إلا في حق الأبوين، لأن المعتبر في بيت المال حال الضرورة، وفي حق الأبوين كمال الولد.

والقسم الثاني: أن يكون الولد مملوكاً وأبواه حرين فلا كفالة لهما بعد البيع لرق الولد، ولا حضانة لأبيه فيما دون السبع، وفي استحقاق الأم لحضانته في السبع رضيعاً أو فطيماً وجهان:

أحدهما: تستحقها لفضل حنوها، وعجز السيد عنها.

والوجه الثاني: لا تستحقها، لأن المملوك لا تثبت عليه ولاية لغير سيده.

والقسم الثالث: أن يكون الولد وأبوه حرين، وأمه مملوكة فالأب أحق به حاضناً وكفيلاً لحريته ورق الأم.

والقسم الرابع: أن يكون الولد وأمه مملوكين وأبوه حراً، فلا حق لأبيه في حضانته ولا في كفالة، فأما أمه فإن كانت لغير سيده فلا حق لها في حضانته وإن كانت لسيده لم يجز أن يفرق بينهما في حال صغره لقول النبي ﷺ «لا تولد والدة على ولدها».

وهل تصير بالمنع من التفرقة بينهما مستحقة لحضانته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تستحقها، لأن المنع من التفرقة بينهما قد جعلها أحق به من غيرها.

والوجه الثاني: لا تستحقها لأن ثبوت الرق عليها مانع من ولايتها.

بَابُ نَفَقَةِ المَمَالِيكِ

مسألة: قَالَ **الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلاَنَ عَنْ بَكْرٍ أَوْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ «المُزَنِيُّ شَكَّ» عَنْ عَجْلاَنَ أَبِي مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسْوَتُهُ بِالمَعْرُوفِ وَلاَ يُكَلَّفُ مِنَ العَمَلِ مَا لاَ يُطِيقُ (قَالَ) فَعَلَى مَالِكِ المَمْلُوكِ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى البَالِغَيْنَ إِذَا شَغَلَهُمَا فِي عَمَلٍ لَهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِمَا وَيَكْسُوهُمَا بِالمَعْرُوفِ».

قال الماوردي: النفقة تجب بثلاثة أسباب، بنسب، وزوجية وملك يمين، وقد مضى حكمها بالنسب والزوجية، فأما ملك اليمين فتجب به نفقات العبيد والإماء لما رواه الشافعي من حديث أبي هريرة المقدم أن النبي ﷺ قال: للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لايطيق[1] فبين بهذا الخبر ما يجب للمملوك من النفقة وما يجب عليه من العمل، ولأن السيد مالك لتصرف عبده وكسبه فوجب أن يكون ملتزماً لنفقته وكسوته لما يلزمه من حراسة نفسه.

[فيما تجب فيه نفقة المملوك]

فصل: فإذا تقرر وجوب نفقته وكسوته على سيده فسواء كان ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً صحيحاً أو زمناً عاقلاً أو مجنوناً مكتسباً أو غير مكتسب، فإن كان غير مكتسب أنفق السيد عليه من ماله، وإن كان مكتسباً فالسيد بالخيار في استخدامه والتزام نفقته وكسوته وبين الإذن له في الاكتساب ويكون اكتسابه ملكاً لسيده، لأنه أملك بتصرفه، وعلى السيد نفقته، وهو فيها بالخيار في النفقة عليه من ماله وأخذ جميع كسبه وبين أن يأذن له في الإنفاق على نفسه من كسبه، فإن اكتسب وفق نفقته من غير زيادة ولا نقصان لم يأخذ منه السيد شيئاً من كسبه ولم يلزم له شيء من نفقته وإن كان الكسب أقل من نفقته رجع على سيده بالباقي من نفقته وإن كان الكسب أكثر من نفقته رجع السيد عليه بفاضل كسبه.

(١) أخرجه أحمد (٢/٢٤٧، ٣٤٢) وانظر الدر المنثور (٢/١٦٠) وكنز العمال (٢٥٠٤٦).

[القول في مقدار نفقة المملوك وجنسها]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَذَلِكَ نِفَقَةُ رَقِيقٍ بَلَدِهِمَا الشِّبَعُ لأَوْسَاطِ النَّاسِ الَّذِي تَقُومُ بِهِ أَبْدَانُهُمْ مِنْ أَيِّ الطَّعَامِ كَانَ قَمْحاً أَوْ شَعِيراً أَوْ ذُرَةً أَوْ تَمْراً».

قال الماوردي: الحكم في نفقة العبد مشتمل على قسمين:

أحدهما: في مقدارها.

والثاني: في جنسها.

فأما مقدارها فيعتبر بالكفاية فيما يقتاته أمثاله في الغالب وليس بمقدر، بخلاف الزوجات، لأن نفقة الزوجات معاوضة وهذه مواساة فتعتبر بالأغلب من أوساط الناس، فإن من الناس زهيد يكتفي بالقليل وهو نادر، ومنهم رغيب لا يكفيه إلا الكثير وهو نادر، ولا اعتبار فيه بالنادرين في القلة والكثرة، ويعتبر وسط الطرفين فيكون هو المقدار الذي يستحقه العبد، وقد يختلف ذلك من وجهين:

أحدهما: بالصغر والكبر، فإن للصغير منه مقدار لا يكتفي به الكبير، وللكبير مقدار لا يستحقه الصغير، فيعطى كل واحد منهما بحسب حاله.

والثاني: أن يختلف مقداره بعرف البلاد، فإن أهل الحجاز يكتفون بالقليل وأهل العراق يتوسطون، والأعاجم وأهل الجبال يكثرون، فلو أعطاه المقدار المعتبر في العرف المتوسط لم يخل فيه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون وفق كفايته فقد ملكه: وليس للسيد أن يسترجعه، وللعبد أن يأكله متى شاء إذا تاقت نفسه إليه في مرة أو مرتين أو مرار، فإن أراد السيد أن يبدله بغيره في وقت أكله لم يجز وإن كان قبله جاز ليعتبر فيه حقه عند الأكل، وعندي إن كان إبداله يؤخر أكله لم يجز وإن لم يؤخر جاز.

والحال الثانية: أن يكون أكثر من كفايته، لأنه زهيد مقلل فللسيد استرجاع الفاضل منه لأنه من كسبه، وليس للعبد أن يهبه ولا أن يتصدق به إلا عن إذنه.

والحال الثالثة: أن يكون أقل من كفايته، لأنه رغيب مكثر فينظر فيه فإن كان اقتصاره على القدر المتوسط غير مؤثر في بدنه وقوته لم يلزم السيد أن يزيد عليه، وإن كان مؤثراً في بدنه وقوته لزم أن يتم له مقدار كفايته وإن ندرت لأن عليه حراسة نفسه.

[القول في جنس نفقة الرقيق]

فصل: وأما جنس قوته، فالمعتبر بعرف بلده فيما يقتاته غالب متوسطهم، فإن اقتاتوا الحنطة أعطاه منها، وأن اقتاتوا غيرها من شعير أو ذرة أو أقط أو تمر كان حقه منها، ولا اعتبار بالسيد إذا تنعم فأكل السميدوالمحور لوقوع الفرق في الأغلب بين السادة والعبيد وقد قال ﷺ: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف»، والمعروف هو اعتبار العرف بالمألوف وكذلك حالة العبد في آدامه يؤدم بما جرت به عادة المتوسطين في بلده من لحم أو سمك أو دهن أو لبن، ولا اعتبار بأدام السيد إذا تلذذ بأكل الدجاج والخرفان، وكذلك لوقترعلىنفسه، لأنه في حق نفسه متحكم وفي حق غيره ملتزم، وعلى السيد في طعام عبده أن يدفعه إليه مخبوزاً، وفي آدامه أن بدفعه إليه مصنوعاً. بخلاف الزوجة التي تستحقه حباً لثبوته في الذمة، ويستحب للسيد إذا تولى عبده صنع طعامه أن يعطيه منه ما يدفع به شهوته، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: إذا كفى خادم أحدكم طعامه حره ودخانه فليجلسه معه فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين، والترويغ أن يرويها من الدسم فإن امتنع لم يجبره.

[القول في كسوة المملوك]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُسْوَتُهُمْ كَذَلِكَ مِمَّا يَعْرِفُ أَهْلُ ذَلِكَ البَلَدِ أَنَّهُ مَعْرُوفٌ صُوفٌ أَوْ قُطْنٌ أَوْ كَتَّانٌ أَيَّ ذَلِكَ كَانَ الأَغْلَبَ بِذَلِكَ البَلَدِ وَكَانَ لَا يُسَمَّى مِثْلُهُ ضَيِّقاً بِمَوْضِعِهِ».

قال الماوردي: كسوة العبد معتبرة بمثل ما اعتبر به قوته من غالب كسوات العبيد في البلد، والإماء في الصيف والشتاء، ويملك العبد لباس كسوته، ولا يملك أثمانها وإذا خلقت استجد له السيد غيرها، ولا يلزم السيد إذا كان يلبس مرتفع الثياب وناعمها من الوشي والحرير أن يساوي فيها بين نفسه وبين عبده، ويلزمه إذا كان يلبس أدنى الثياب كالبوادي وأهل القرى أن يسوي بين نفسه وعبده، فقد روى أبو ذر عن النبي ﷺ أنه قال: إخوانكم حولكم تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وأكسوهم مما تلبسون[٢] وذلك متوجه إلى من جرت عادتهم في مأكلهم وملبسهم بمساواة عبيدهم دون المتميزين عنهم، والسادة على أربعة أضرب:

---

(٢) اخرجه احمد (٢/ ٢٩٩،٢٤٥) والترمذي (١٨٥٣) والشافعي (١١٩٤) والحميدي (١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢) والطحاوي في المعاني (٤/ ٣٥٧).

أحدها: موسر يستعمل أعمال الموسرين، فلا تلزمه التسوية بين نفسه وعبده.

والثاني: معسر يستعمل أعمال المعسرين فهذا يلزمه التسوية بين نفسه وبين عبده.

والثالث: هو موسر يستعمل أفعال المعسرين فيلزمه مساواة عبده.

والرابع: معسر يستعمل أفعال الموسرين فيمنع من مساواة عبده لترفهه في حق نفسه.

[القول في كسوة الجواري]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالجَوَارِي إِذَا كَانَتْ لَهُنَّ فَرَاهَةٌ وَجَمَالٌ فَالمَعْرُوفُ أَنَّهُنَّ يُكْسَيْنَ أَحْسَنَ مِنْ كُسْوَةِ اللاَّئِي دُونَهُنَّ وَقَالَ ابْنَ عَبَّاسٍ فِي المَمْلُوكِيْنَ أَطْعَمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا كَلاَمٌ مُجْمَلٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونُ عَلَى الجَوَابِ فَيَسْأَلُ السَّائِلُ عَنْ مَمَالِيكِهِ وَإِنَّمَا يَأْكُلُ تَمْراً أَوْ شَعِيراً وَيَلْبَسُ صُوفاً فَقَالَ أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ وَالسَّائِلُونَ عَرَبٌ وَلَبُوسُ عَامَّتِهِمْ وَطَعَامُهُمْ خَشِنٌ وَمَعَاشُهُمْ وَمَعَاشُ رَقِيقِهِمْ مُتَقَارِبٌ فَأَمَّا مَنْ خَالَفَ مَعَاشَ السَّلَفِ فَأَكَلَ رَقِيقَ الطَّعَامِ وَلَبِسَ جَيِّدَ الثِّيَابِ فَلَوْ آسَى رَقِيقَهُ كَانَ أَحْسَنَ وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلَهُ مَا قَالَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «نَفَقَتُهُ وَكُسْوَتُهُ بِالمَعْرُوفِ» فَأَمَّا مَنْ لَبِسَ الوَشْيَ وَالمروي والخَزَّ وَأَكَلَ النَّقِيَّ وَأَلْوَانَ لُحُومِ الدَّجَاجِ فَهَذَا لَيْسَ بِالمَعْرُوفِ لِلْمَمَالِيكِ وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ «إِذَا كَفَى أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ طَعَامُهُ حره وَدُخَانَهُ فَلْيَدْعُهُ فَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ فَإِنْ أَبَى فَلْيُرَوِّغْ لَهُ لُقْمَةً فَيُنَاوِلَهُ إِيَّاهَا» أَوْ كَلِمَةً هَذَا مَعْنَاهَا فَلَمَّا قَالَ ﷺ «فَلْيُرَوِّغْ لَهُ لُقْمَةً» كَانَ هَذَا عِنْدَنَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَوْلاَهُمَا بِمعْنَاهُ أَنَّ إِجْلاَسَهُ مَعَهُ أَفْضَلُ وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلَيْسَ بِوَاجِبٍ إِذْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «وَإِلاَّ فَلْيُرَوِّغْ لَهُ لُقْمَةً» لأَنَّ إِجْلاَسَهُ لَوْ كَانَ وَاجِباً لَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَنْ يُرَوِّغَ لَهُ لُقْمَةً دُونَ أَنْ يُجْلِسَهُ مَعَهُ أَوْ يَكُونَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُنَاوِلَهُ أَوْ يَجْلِسَهُ وَقَدْ يَكُونُ أَمْرُ اخْتِيَارٍ غَيْرِ الحَتْمِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى مَا وَصَفْنَا مِنْ بَيَانِ طَعَامِ المَمْلُوكِ وَطَعَامِ سَيِّدِهِ وَالمَمْلُوكِ الَّذِي يَلِي طَعَامَ الرَّجُلِ مُخَالِفٌ عِنْدِي لِلْمَمْلُوكِ الَّذِي لاَ يَلِي طَعَامُهُ يَنْبَغِي أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَقْرُبَ إِلَيْهِ وَلَوْ لُقْمَةً فَإِنَّ المَعْرُوفَ أَنْ لاَ يَكُونَ يَرَى طَعَاماً قَدْ وَلِيَ العَمَلَ فِيهِ ثُمَّ لاَ يَنَالَ مِنْهُ شَيْئاً يَرُدُّ بِهِ شَهْوَتُهُ وَأَقَلَّ مَا يَرُدُّ بِهِ شَهْوَتُهُ لُقْمَةٌ وَغَيْرُهُ مِنَ المَمَالِيكِ لَمْ يَلِهِ وَلَمْ يَرَهُ وَالسُّنَّةُ خَصَّتْ هَذَا مِنَ المَمَالِيكِ دُونَ غَيْرِهِ وَفِي القُرْآنِ مَا يَدُلُّ عَلَى مَا يُوَافِقُ بَعْضَ مَعْنَى

هَذَا قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ﴿وَإِذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أُولُو القُرْبَى وَاليَتَامَى وَالمَسَاكِين فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ وَلَمْ يَقُلْ يُرْزَقُ مِثْلُهُمْ مِمَّنْ لَمْ يَحْضُرْ وَقِيلَ ذَلِكَ فِي المَوَارِيثِ وَغَيْرِهَا مِنَ الغَنَائِمِ وَهَذَا أَوْسَعُ وَأَحَبُّ إِلَيَّ وَيُعْطَوْنَ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ المُعْطِي بِلاَ تَوْقِيتٍ وَلاَ يُحْرَمُونَ».

قال الماوردي: وأصل هذا اعتبار العرف والعادة. فجواري الخدمة مبتذلات، فالعرف في كسوتهن أن تكون أدون، وجواري التسري مصونات للاستمتاع، والعرف في كسوتهن أن تكون أرفع، فكذلك العبيد كسوة من هو بين الدواب أدون من كسوة من قام بتمييز الأموال، وكسوات الجواري أعم من كسوات العبيد لما يلزمهم من فضل الستر لئلا تمتد إليهن الأبصار فتتحرك بها الشهوات.

[القول فيما يجب على المملوك من العمل]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَعْنَى لاَ يُكَلَّفُ مِنَ العَمَلِ إِلاَّ مَا يُطِيقُ يَعْنِي وَاللَّهُ أَعْلَمُ إِلاَّ مَا يُطِيقُ الدَّوَامَ عَلَيْهِ لاَ مَا يُطِيقُ يَوْماً أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ ثُمَّ يَعْجَزُ وَجُمْلَةُ ذَلِكَ مَا لاَ يَضُرُّ بِبَدَنِهِ الضَّرَرَ البَيِّنَ».

قال الماوردي: قد مضى ما للمملوك على سيده من القوت والكسوة، فأما ما للسيد على مملوكه من العمل والخدمة فيفترق فيه حال العبد والآمة، لأن لكل واحد منهما في العرف نوعاً من الخدمة وصنفاً من العمل، لاختلاف الرجال والنساء فيهما، فيكلف كل واحد منهما معهود خدمته ومألوف عمله، فإن اشترك الفريقان في عمل استعمل فيه من شاء منهما، ويجوز أن ينقل عبده وأمته من صناعة قد اختص بها إلى تعلم غيرها من صنائع مثله، فأما قدر العمل فمعتبر بما يطيق الدوام عليه إذا لم يؤثر في إنهاك بدن وإضعاف قوة، فأما ما يقدر عليه يوماً أو يومين أو ثلاثة ولا يطيق الدوام عليه أو كان يؤثر في إنهاك بدنه وإضعاف قوته فليس له أن يكلفه إياه في طويل الزمان ولا في قصيره، لأنه نوع خرج من مستحق عمله فإن رضي به العبد في مدة طاقته جاز. وإن كثر منع من الإضرار بنفسه.

[القول في نفقة المملوك إذا عمي أو زمن]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ عَمِيَ أَوْ زَمِنَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَوْلاَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لوجوب النفقة بالملك دون العمل فاستوى فيها الصحيح والزمن، كما يستوي فيها الصغير والكبير، ويجوز أن يستعمل الأعمى والزمن فيما يصح من العميان والزمنى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ الأَمَةَ غَيْرَ وَلَدِهَا فَيَمْنَعَ مِنْهَا وَلَدَهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيِّهِ أَوْ يَكُونَ وَلَدُهَا يَغْتَذِي بِالطَّعَامِ فَيُقِيمُ بَدَنَهُ فَلاَ بَأْسَ بِهِ».

قال الماوردي: لا يخلو ولد الأمة من أن يكون حراً أو مملوكاً، فإن كان حراً فنفقته ورضاعه على أبيه دون سيد أمه، ولسيدها أن يسترضع لبنها من أراد، وإن كان مملوكاً لم يخل أن يكون لسيد أمه أو غيرها، فإن كان ملكاً لغير سيدها فنفقته ورضاعته على سيده، وإن كان لسيدها فنفقته ورضاعته على سيدها وأمه أحق برضاعه من غيرها لفضل حنوها واستمراء لبنها وإدراره عليه دون غيرها، ولا يخلو لبنها معه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بقدر ريه ووفق كفايته فعلى السيد أن يخلي بينها وبين رضاع ولدها، وليس له أن يسترضعها غيره لقوله تعالى: ﴿لاَ تُضَارُّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

والحال الثانية: أن يكون لبنها قاصراً عن ريه فعليه أن يمكنها من رضاعه ويتمم له من غيرها بقيمة ريه.

والحال الثالثة: أن يكون لبنها أكثر من ريه فعليه أن يمكنه من ارتضاع ريه، ويجوز له أن يسترضع فاضل لبنها من شاء بأجر أو بغير أجر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَنْفِقُ عَلَى وَلَدِ أَمِّ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

قال الماوردي: أما ولده منها فهو حر وعليه نفقته وكسوته كسائر ولده، وأما ولدها من غيره فهو مملوك له وتبع لأمه يمنع من بيعه ويعتق عليه بموته مع أمه فعليه نفقتهما، وإن حرم عليه بيعهما لجريان أحكام الرق عليهما، ويملك أكسابهما ويستخدمهما للأم دون الولد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَمْنَعُهُ الإِمَامُ أَنْ يَجْعَلَ عَلَى أَمَتِهِ خَرَاجاً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِي عَمَلٍ وَاجِبٍ وَكَذَلِكَ العَبْدُ إِذَا لَمْ يُطِقِّ الكَسْبَ قَالَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي خُطْبَتِهِ «لاَ تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الكَسْبَ فَيَسْرِقَ وَلاَ الأَمَةَ غَيْرَ ذاتِ الصَّنْعَةِ فَتَكْسِبَ بِفَرْجِهَا».

قال الماوردي: وضع الخراج على العبد والأمة هو أن يخلف السيد بين عبده وكسبه على أن يدفع إلى سيده كل يوم قدراً معلوماً، ويكون له فاضل كسبه بنفقة على نفسه ويصنع به ما شاء، ولا اعتراض للسيد عليه فهذا جائز، وقد سأل رسول الله ﷺ

موالي أبي طيبة حين حجمه وقد ضربوا عليه خراجاً أن يخففوا عنه، وخراجه دل على جوازه وهو من العقود الجائزة دون اللازمة، وجوازه معتبر بشرطين:

أحدهما: أن يتراضيا به لأنه عقد معاوضة لا يصح من الإجبار.

والثاني: أن يكون العبد مكتسباً لقدر خراجه فما زاد، فإن قصر كسبه عن خراجه لم يصح لقول عثمان رضي الله عنه في خطبته لا تكلف الصغير الكسب فيسرق ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكتسب بفرجها، ويستوفي منه السيد خراجه. قال عجز عنه جاز أن ينظر به وجاز له وللعبد أن يفسخ كل واحد منهما عقد المخارجة بسبب أو غير سبب فإن فسخه أحدهما وفي يد العبد فاضل من كسبه كان ملكاً لسيده، وبالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ دَابَّةٌ فِي المِصْرِ أَوْ شَاةٌ أَوْ بَعِيرٌ عَلَفَهُ بِمَا يُقِيمُهُ فَإِنِ امْتَنَعَ أَخَذَهُ السُّلْطَانُ بِعَلَفِهِ أَوْ بَيْعِهِ».

قال الماوردي: نفقات البهائم المملوكة واجبة على أربابها لقول النبي ﷺ اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم» ونهى عن تعذيب البهائم وعن قتلها إلا لمأكله وروي عن النبي ﷺ أنه قال: أطلعت ليلة أسرى بي. في النار فرأيت امرأة تعذب فسألت عنها فقيل إنها ربطت هرة فلم تطعمها ولم تسقها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت فعذبها الله تعالى. واطلعت على الجنة فرأيت امرأة مومسة يعني زانية فسألت عنها فقيل أنها مرت بكلب على بئر يلهث من العطش فأرسلت إزارها فبلته وعصرته في حلقه حتى روي فغفر الله لها، فدل كلا الأمرين على حراسة نفوق البهائم بإطعامها حتى تشبع ويسقيها حتى تروى سواء كانت مأكولة أو غير مأكولة، فإن قصر فيها حتى هلكت أو نهكت إثم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ بِبَادِيَةٍ غَنَمٌ أَوْ إِبْلٌ أَوْ بَقَرٌ أَخَذَتْ عَلَى المَرْعَى خَلاَهَا وَالرَّعْيِ فَإِنْ أَجْدَبَتِ الأَرْضَ عَلَفَهَا أَوْ ذَبَحَهَا أَوْ بَاعَهَا وَلاَ يَحْبُسَهَا فَتَمُوتَ هَزَلاً إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الأَرْضِ مُتَعَلَّقٌ وَأُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيْهَا مُتَعَلَّقٌ لأَنَّهَا عَلَى مَا فِي الأَرْضِ تُتَّخَذُ وَلَيْسَتْ كَالدَّوَابِّ الَّتِي لاَ تَرْعَى وَالأَرْضُ مُخْصِبَةٌ إِلاَّ رَعْياً ضَعِيفاً وَلاَ تَقُومُ لِلْجَدْبِ قِيَامَ الرَّوَاعِي».

قال الماوردي: علوفة البهائم معتبرة بعرفها، ولها في العرف ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون معلوفة لا ترعى فعليه أن يعلفها حتى تنتهي إلى أول شبعها، ولا يلزمه الانتهاء إلى غايته ويسقيها حتى تنتهي إلى ريها دون غايته، وليس له أن يعدل بها إلى الرعي إذا لم تألفه، فإن امتنع من علفها أو قصر عن كفايتها روعي حالها، فإن

كانت مأكولة خير مالكها بين ثلاثة أمور. بين علفها أو ذبحها أو بيعها.

فإن امتنع باع السلطان منها بقدر علفها، فإن تعذر بيع بعضها باع عليه جميعها، وإن كانت غير مأكولة، خير بين علفها أو بيعها وحرم عليه ذبحها لنهي النبي ﷺ عن ذبح الحيوان إلا لمأكله.

والحال الثانية: أن تكون راعية لا تعتلف. فعليه إرسالها في المرعى حتى تشبع من الكلأ، وترتوي من الماء وعليه في تسريحها للمرعى حقاً أحدهما أن تكون أرض المَرعى ذات ماء مشروب.

والثاني: أن تكون الأرض غير مشبعة حتى لا تفترش، ثم له بعد الشبع والرعي أن يستعمل عواملها. فإن جدبت الأرض ولم يبق فيها متعلق ترعى نقلها إلى أرض خصبة إن وجدها، فإن لم يجد ارتاد لها ما يمسك رمقها فإن لم يفعل فعل ما قدمناه.

والحال الثالثة: أن تكون جامعة بين العلوفة والرعي، فعلى ضربين:

أحدها: أن تكتفي بكل واحد منهما فيكون مخيراً فيهما. فإن امتنع فعلى ما مضى.

والضرب الثاني: أن لا تكتفي إلا بهما فعليه لها الجمع بينهما ولا يقتصر بها على أحدهما فإن امتنع فعلى ما مضى.

[القول في حلب أمهات النسل]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تُحْلَبُ أُمَّهَاتُ النَّسْلِ إِلاَّ فَضْلاً عَمَّا يُقِيمُ أَوْلاَدَهُنَّ لاَ يَحْلِبَهُنَّ فَيَمُتْنَ هَزَلاً».

قال الماوردي: ولد البهيمة في ارتوائه من لبنها إذا كان رضيعاً كولد الأمة في تمكينه من ريه لحرمة نفسه ولا يجوز أن يجلب من لبنها إذا كان رضيعاً إلا ما فضل عن ريه حتى يستغنى عنه برعي أو علوفه أو ذبحه إذا كان مأكولاً، فإن عدل به إلى لبن غير أمه جاز إن اشتراه، وإن أباه ولم يقبله كان أحق بلبن أمه، وبالله التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله أجمعين.

فهرس الجزء الحادي عشر
من
الحاوي في الفقه

كتاب اللعان

كتاب العدد

كتاب مختصر ما يحرم من الرضاعة

كتاب النفقات

